Archiv für bürgerliches Recht

Josef Kohler, Viktor Ring, Paul Ernst Wilhelm ...


ACADEMIAE HARVARDIANAE
VE RI TAS
CHRISTO ET ECCLESIAE
SIGILLUM

Archiv

für

Bürgerliches Recht.

Herausgegeben von

Dr. J. Kohler,
ord. Professor an der Universität Berlin.

V. Ring,
Landgerichtsrath in Berlin.

Dr. P. Oertmann,
Professor an der Universität Berlin.

Vierzehnter Band.

Berlin.
Carl Heymanns Verlag.
1898.

Verlags-Archiv 2882.

Inhalts-Verzeichniß.

1.

Ueber die „Rechenschaftsablage" nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich.

Von Amtsrichter **Treitel** in Ragnit.

Gegenüber den in weiten Gebieten des Deutschen Reiches geltenden Bestimmungen über Rechenschaftsablage oder Rechnungslegung enthalten die bezüglichen Vorschriften des B.G.B. in mehrfacher Hinsicht einen bedeutenden Fortschritt, der übrigens im ersten Entwurfe noch nicht enthalten war. Dies zeigt sich insbesondere in der prinzipiellen Gleichstellung von Rechenschaftsablage und Rechnungslegung ihrem Wesen nach, sowie in der Ausgestaltung der Manifestationspflicht, während die des Rechnungsprozesses durch die beabsichtigten Aenderungen der C.P.O. vorbehalten ist.

Um zuvörderst einen Ueberblick über die künftige Rechtslage zu gewinnen, empfiehlt sich eine zusammenfassende Wiedergabe der in Frage kommenden Gesetzesstellen als zweckmäßig.

Da wäre zunächst die allgemeine Vorschrift im § 259 (Entw. II § 698; Reichstagsvorlage § 252) zu erwähnen, welche folgendermaßen lautet: [1])

[1]) Was die Gesetze anderer deutscher Bundesstaaten betrifft, so hat sich eine entsprechende allgemeine Vorschrift nur in dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Königreich Sachsen feststellen lassen. Dieselbe hat folgenden Inhalt:

§ 1393: Wer mit oder ohne Auftrag fremde Geschäfte führt, oder fremde Sachen veräußert oder gemeinschaftliche Sachen als Theilhaber derselben verwaltet, oder aus sonst einem Rechtsgrunde eine Verwaltung hat oder fremdes Vermögen mit den Früchten herauszugeben verpflichtet ist, hat die Verbindlichkeit, dem Geschäftsherrn, Mittheilhaber oder sonst Berechtigten Rechnung abzulegen (cf. § 497).

§ 1394: Die Ablegung einer Rechnung besteht in der Mittheilung einer geordneten Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben unter Beifügung der vorhandenen Belege.

Wer verpflichtet ist, über eine mit Einnahmen oder Ausgaben verbundene Verwaltung Rechenschaft abzulegen, hat dem Berechtigten eine die geordnete Zusammenstellung der Einnahmen oder der Ausgaben enthaltende Rechnung mitzutheilen und, soweit Belege ertheilt zu werden pflegen, Belege vorzulegen.

Besteht Grund zu der Annahme, daß die in der Rechnung enthaltenen Angaben über die Einnahmen nicht mit der erforderlichen Sorgfalt gemacht sind, so hat der Verpflichtete auf Verlangen den Offenbarungseid dahin zu leisten:

daß er nach bestem Wissen die Einnahmen so vollständig angegeben habe, als er dazu im Stande sei.

In Angelegenheiten von geringer Bedeutung besteht eine Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseids nicht.

Und sodann § 261 (Entw. II § 700; R.-V. § 254) mit folgendem Inhalte:

Der Offenbarungseid ist, sofern er nicht vor dem Prozeßgerichte zu leisten ist, vor dem Amtsgerichte des Ortes zu leisten, an welchem die Verpflichtung zur Rechnungslegung .... zu erfüllen ist... Das Gericht kann eine den Umständen entsprechende Aenderung der Eidesnorm beschließen. — Die Kosten der Abnahme des Eides hat derjenige zu tragen, welcher die Leistung des Eides verlangt. (cf. § 2028.)

Dementsprechend sollen in die Civil-Prozeß-Ordnung folgende Vorschriften eingestellt werden:

§ 230 a. Wird mit der Klage auf Rechnungslegung ... oder auf Leistung des Offenbarungseides die Klage auf Herausgabe desjenigen verbunden, was der Beklagte aus dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse schuldet, so kann die bestimmte Angabe der Leistungen, welche der Kläger beansprucht, vorbehalten werden, bis die Rechnung mitgetheilt ... oder der Offenbarungseid geleistet ist.

---

§ 1395: Rechnungsfehler können zu jeder Zeit berichtigt werden, ausgenommen, wenn über sie ein Vergleich geschlossen ist.

§ 1396: Werden bei einer Rechnungsablegung einzelne Einnahme- oder Ausgabeposten weggelassen, so bestehen die darauf bezüglichen Ansprüche im Zweifel fort.

§ 774 a. Ist der Schuldner auf Grund der Vorschriften des bürgerlichen Rechtes zur Leistung eines Offenbarungseides verurtheilt, so erfolgt die Eidesleistung vor dem Prozeßgerichte erster Instanz. Auf die Abnahme des Eides finden die Vorschriften der §§ 440 bis 446 Anwendung. — Erscheint der Schuldner in dem zur Eidesleistung bestimmten Termine nicht oder verweigert er die Eidesleistung, so ist nach § 774 zu verfahren. Ist der Schuldner zur Erzwingung der Eidesleistung in Haft genommen, so finden die Vorschriften des § 783 Anwendung.

Einzelvorschriften enthalten folgende Stellen:[2])

§ 666 (Entw. I § 591; II § 597; R.=V. 653). Der Beauftragte ist verpflichtet, dem Auftraggeber die erforderlichen Nachrichten zu geben, auf Verlangen über den Stand des Geschäfts Auskunft zu ertheilen und nach der Ausführung Rechenschaft abzulegen. (§ 27 Abs. 3: Auf die Geschäftsführung des Vorstandes (eines Vereines) finden die für den Auftrag geltenden Vorschriften der §§ 664 bis 670 entsprechende Anwendung (Entw. I § 44; II § 25; R.=V. § 24 Abs. 3 — cf. §§ 40 u. 48 —).

§ 86. Die Vorschriften . . . des § 27 Abs. 3 . . . finden auf Stiftungen entsprechende Anwendung, die Vorschriften des § 27 Abs. 3 jedoch nur insoweit, als sich nicht aus der Ver-

[2]) Eine solche Uebersicht über die in Frage kommenden gemeinrechtlichen Quellen ist enthalten S. 2—7 der Abhandlung von Klewitz: Die Verpflichtung zur Rechnungsstellung (Berlin 1890, Puttkammer & Mühlbrecht).

Hinsichtlich des Preußischen Allgemeinen Landrechts vergl. § 444 I 9; § 17 Ges. betr. die Zwangsvollstreckung gegen Benefizialerben vom 28. März 1879; §§ 114 I 11; 562 I 12; 60, 61, 256 I 13; 135, 136, 139, 143, 144, 150ff., 160, 161 I 14; 164 (159), 165 (160), 210, 218, 219, 220, 222 I 17; 133 (150, 558), 144, 145, 146, 226 (140) I 20; 656, 657 II 1; 688 II 11. — §§ 56, 67, 69 Vormundsch.Ordn. vom 5. Juli 1875. — § 144 Abs. 3 Ges. betr. die Zwangsvollstreckung in Immobilien vom 13. Juli 1883. Vergl. ferner §§ 78, 120 Abs. 2 Konk.Ordn. für das Deutsche Reich. — Code civil und Badisches Landrecht Art. 125, 370, 389, 469 (472, 475), 803, 1993 (1372). — Sächsisches Bürgerliches Gesetzbuch §§ 477, 478, 1312, 1348, 1374, 1950 bis 1953, 1970, 1972, 2239. — (§§ 37, 43 I 13; 29, 31 (35) I 22; 1, 64 I 23; 23 I 24; 1 (2—26) I 45; 7, 34ff. I 46; 74 I 51 Allgem. Gerichts=Ordn. für die Preußischen Staaten. — Rheinische Civil=Prozeß=Ordnung III. Tit. Art. 526; IV. Tit. Art. 527ff.)

fassung, insbesondere daraus, daß die Verwaltung der Stiftung von einer öffentlichen Behörde geführt wird, ein Anderes ergiebt. — (Entw. I § 61; II § 74; R.-V. § 83.)

§ 675 (Entw. II § 606; R.-V. § 662). Auf einen Dienstvertrag oder einen Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat, finden die Vorschriften der .. §§ 665—670 .. entsprechende Anwendung.

§ 681 (Geschäftsführung ohne Auftrag.[3]) Entw. I § 751; II § 612; R.-V. § 668). . . . Im Uebrigen finden auf die Verpflichtungen des Geschäftsführers die für einen Beauftragten geltenden Vorschriften der §§ 666 bis 668 entsprechende Anwendung (cf. §§ 450, 547 Abs. 2, 601, 994, 1049, 1216, 1959, 1978, 1991, 1985, (2012), 2125).

§ 713 (Entw. I § 639; II § 653; R.-V. § 700. — Gesellschaft). Die Rechte und Verpflichtungen der geschäftsführenden Gesellschafter bestimmen sich nach den für den Auftrag geltenden Vorschriften der §§ 644 bis 670, soweit sich nicht aus dem Gesellschaftsverhältniß ein Anderes ergiebt (cf. §§ 717, 721).

§ 740 (Entw. I § 658; II 674; R.-V. § 727). Der Ausgeschiedene kann am Schlusse jedes Geschäftsjahres Rechenschaft über die inzwischen beendigten Geschäfte, Auszahlung der ihm gebührenden Beträge und Auskunft über den Stand der noch schwebenden Geschäfte verlangen.

§ 1214 (Entw. I § 1154; II § 1123; R.-V. § 1197). Steht dem Pfandgläubiger das Recht zu, die Nutzungen zu ziehen, so ist er verpflichtet, für die Gewinnung der Nutzungen zu sorgen und Rechenschaft abzulegen.

§ 1421 (Entw. I § 1324; II § 1320; R.-V. § 1404. — Gesetzliches Güterrecht). Nach der Beendigung der Verwaltung . . . hat der Mann das eingebrachte Gut der Frau herauszugeben und ihr über die Verwaltung Rechenschaft abzulegen

---

[3]) Die Vorschriften der §§ 677—686 finden keine Anwendung, wenn Jemand ein fremdes Geschäft in der Meinung besorgt hat, daß es sein eigenes sei. Behandelt Jemand ein fremdes Geschäft als sein eigenes, obwohl er weiß, daß er dazu nicht berechtigt ist, so kann der Geschäftsherr die sich aus den §§ 677, 678, 681, 682 ergebenden Ansprüche geltend machen (§ 687).

(cf. § 1374 (Entw. I § 1324; II § 1273; R.-V. § 1357) und Mot. Bd. IV zu § 1324 S. 285, 119).

§ 1546 (Entw. I § 1429 Abs. 4; II § 1441 Abs. 2; R.-V. § 1529 Abs. 3. — Vertragsmäßiges Güterrecht). Auf das eingebrachte Gut der Frau finden die für den Güterstand der Verwaltung . . . geltenden Vorschriften der §§ 1421 bis 1424 Anwendung (cf. § 1555).

§ 1667 (Entw. I § 1547; II § 1558; R.-V. § 1644). Das Vormundschaftsgericht kann anordnen, daß der Vater . . . über seine Verwaltung Rechnung legt.

§ 1681 (Entw. I § 1503; II § 1570; R.-V. § 1657). Endigt oder ruht die elterliche Gewalt des Vaters oder hört auch nur seine Vermögensverwaltung auf, so hat er dem Kinde das Vermögen herauszugeben und über die Verwaltung Rechenschaft abzulegen[4]) (cf. §§ 1686; Mot. Bd. IV S. 813).

§ 1840 (Entw. I § 1687; II § 1718; R.-V. § 1816). Der Vormund hat über seine Vermögensverwaltung . . . Rechnung zu legen. . . .[5]) Die Rechnung ist jährlich zu legen . . . (cf. §§ 1897, 1915).

§ 1841 (Entw. I § 1687; II § 1719; R.-V. § 1817). Die Rechnung soll eine geordnete Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben enthalten, über den Ab- und Zugang des Vermögens Auskunft geben und, soweit Belege ertheilt zu werden pflegen, mit Belegen versehen sein. Wird ein Erwerbsgeschäft mit kaufmännischer Buchführung betrieben, so genügt als Rechnung eine aus den Büchern gezogene Bilanz.

Das Vormundschaftsgericht kann jedoch die Vorlegung der Bücher und sonstigen Belege verlangen (cf. §§ 1854, 1855).

§ 1890 (Entw. I § 1700; II § 1736; R.-V. § 1866). Der Vormund hat nach der Beendigung seines Amtes dem Mündel das verwaltete Vermögen herauszugeben und über die Verwaltung Rechenschaft abzulegen. Soweit er dem Vormundschaftsgerichte Rechnung gelegt hat, genügt die Bezug-

---

[4]) cf. Mot. Bd. IV S. 746 zu § 1503.

[5]) Dem Mündel steht ein Klagerecht darauf zu. Mot. Bd. IV S. 1157 ff. zu § 1687.

nahme auf diese Rechnung (cf. 1891, 1892 Gegenvormund betreffend).[6])

§ 2130 (Entw. I § 1815; II § 2003; R.=V. § 2105). Der Vorerbe hat (dem Nacherben) auf Verlangen Rechenschaft abzulegen (cf. § 2136).

§ 2218 (Entw. I § 1908; II § 2087; R.=V. § 2192). Auf das Rechtsverhältniß zwischen dem Testamentsvollstrecker und dem Erben finden die für den Auftrag geltenden Vorschriften der §§ 666 bis 668 . . . entsprechende Anwendung.

Bei einer länger dauernden Verwaltung kann der Erbe jährlich Rechnungslegung verlangen.

Hier mögen noch folgende Bestimmungen des H.G.B. erwähnt werden:

Art. 361 H.G.B.[7]) (§ 384 des Ges. vom 10. Mai 1897). Der Kommissionär hat . . . dem Kommittenten die erforderlichen Nachrichten zu geben, er ist verpflichtet, dem Kommittenten über das Geschäft Rechenschaft zu geben. . . .

Art. 376 Abs. 2 H.G.B. (§ 400 des Ges. vom 10. Mai 1897). In diesem Falle (des Eintritts des Kommissionärs als Selbstkontrahent) ist die Pflicht des Kommissionärs, Rechenschaft über die Abschließung des Kaufs oder Verkaufs zu geben, auf den Nachweis beschränkt, daß bei dem berechneten Preise der Börsenpreis oder Marktpreis zur Zeit der Ausführung des Auftrags eingehalten ist. . . .

Art. 466 H.G.B. (§ 499 des Ges. vom 10. Mai 1897). Der Korrespondent=Rheder ist verpflichtet, jederzeit auf Beschluß der Rhederei derselben Rechnung zu legen. Die Genehmigung der Rechnung und die Billigung der Verwaltung des Korrespondent=Rheders durch die Mehrheit hindert die Minderheit nicht, ihr Recht geltend zu machen.

Art. 503 Abs. 2 H.G.B. Außerdem ist der Schiffer verpflichtet, von dem Zustande des Schiffes, den Begebnissen der Reisen, den von ihm geschlossenen Verträgen und den anhängig gewordenen Prozessen den Rheder in fortlaufender Kenntniß zu erhalten. . . .

---

[6]) cf. Mot. Bd. IV S. 1184 ff. zu § 1700.

[7]) Vergl. Art. 130 Abs. 4, 270 H.G.B. (§§ 666, 713 B.G.B.), welche in dem Ges. vom 10. Mai 1897 gestrichen sind. — Art. 125, welcher im § 133 des vorbezeichneten Ges. geändert ist. Art. 105, 160, 253, 265, H.G.B., §§ 118 (716 B.G.B.), 166, 338, 340 Abs. 3 des Ges. vom 10. Mai 1897.

Art. 503 Abs. 5. Er muß dem Rheder nach der Rückkehr in den Heimathshafen und außerdem, so oft es verlangt wird, Rechnung legen. (§ 534 des Ges. vom 10. Mai 1897.) —

Vergleicht man nun § 259 (wer verpflichtet ist . . . Rechenschaft abzulegen) mit § 261 (Verpflichtung . . . zur Rechnungslegung); §§ 666, 681, 713, 740, 1214 mit §§ 86, 2218 (Rechenschaft bei Auftrag bezw. Geschäftsführung ohne Auftrag und einer damit verbundenen Verwaltung); §§ 1421, 1681, 1890 Satz 1 (Rechenschaft) mit §§ 1667, 1840, 1890 Satz 2 (Rechnungslegung bei Verwaltung), so sollte man nach dem Wortlaute dieser Bestimmungen annehmen müssen, daß ein Unterschied zwischen „Rechenschaftsablage" und „Rechnungslegung" nicht besteht.

Dasselbe Resultat ergiebt für das Preußische Recht[8]) ein Vergleich zwischen § 444 I 9 A.L.R. und § 17 Ges. vom 28. März 1879; § 61 I 13 und § 219 I 17 A.L.R. und für das Handelsrecht ein solcher zwischen Art. 466 und 361 H.G.B. (§§ 499 und 384 des Ges. vom 10. Mai 1897.)

Für das Preußische Recht folgert man aber namentlich auf Grund der Bestimmungen in den §§ 130—161 I 14 A.L.R., daß das Gesetz einen Unterschied mache zwischen „Rechenschaftsablage" und „Rechnungslegung", sowie, daß Letztere eine förmliche Rechenschaftsablage mit Belegen sei, welche wiederum als eigentliche Rechnungslegung nur bei dem eigentlichen Administrationsverfahren, d. h. bei der Verwaltung fremder Güter gefordert werden könne.

Somit soll der Unterschied in der Form bestehen und auf der Verschiedenartigkeit der zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse beruhen.

Dieses war die Ansicht des Obertribunals,[9]) welcher Rehbein entschieden beitritt.[10])

---

[8]) Vergl. § 135 I 14 bezw. § 219 I 17 und die Marginale dazu. — Die Allgem. Ger. Ordnung enthält in dem Abschnitte „Von Rechnungssachen" (Tit. 45 Th. I) nur das Wort Rechnungslegung (cf. § 43 I 13, 64 I 23 ebenda).

[9]) Vergl. Entsch. des Obertribunals (O.T.B.) Bd. 4 S. 352, 34 S. 122, (14 S. 470, 24 S. 426, 40 S. 1), abweichend: Bd. 13 S. 210, 56 S. 289, 80 S. 271. — Gruchot Bd. 15 S. 109. — Strieth. Arch. Bd. 4 S. 61, 17 S. 287, 8 S. 307, 9 S. 225, 33 S. 87, 23 S. 67, 48 S. 108. —

[10]) Entsch. des Obertribunals Bd. 2 S. 602 Anm. Abs. 2; 672 Anm. Abs. 4. — cf. Foerster, Kommentar zur C.P.O. § 313.

Nur der Form nach (ohne Rücksicht auf das zu Grunde liegende Rechtsverhältniß) unterscheidet zwischen Rechenschaftsablage und Rechnungslegung das Reichs-Oberhandelsgericht[11]) in seinen Urtheilen Bd. 2 S. 436 und Bd. 3 S. 92.

Nach dem Ersteren soll ein Mandatar unter Umständen förmliche Rechnung legen und seiner Verpflichtung zur Rechenschaft durch eigentliche Rechnungslegung Genüge leisten müssen, während es nach Letzterem im gegebenen Falle ausreicht, wenn der Verwalter Rechenschaft ohne Beifügung von Belegen giebt.

Das Reichsgericht dagegen scheint früher hinsichtlich der in Rede stehenden Frage wiederum den Standpunkt des Obertribunals eingenommen zu haben. In dem Urtheile Bd. 3 S. 336 wenigstens spricht es von dem auf ein besonderes Rechtsverhältniß gegründeten Anspruche auf Rechnungslegung und dem aus dem Mandate folgenden geringeren Anspruche auf Rechenschaftsablage.[12]) Auch neuerdings sagt es noch in der Entscheidung Bd. 30 S. 21:

„Zu der ... Rechnungslegung ist Beklagter nur verpflichtet, wenn ... er selbständig Geschäfte der Gesellschaft betrieben ... hat.

Nur insoweit ... ist seine Thätigkeit als eine Verwaltung im Sinne des Gesetzes (I 14 Abschn. 2) anzusehen. Hat dagegen Beklagter ... eine derartige selbständige Thätigkeit nicht ausgeübt, ... so kann keine generelle Rechnungslegung von ihm gefordert werden.

Die ... Bestimmung des § 61 A.L.R. I 13 führt in diesem Falle höchstens dazu, den Beklagten zur Rechenschaft über einzelne speziell zu bezeichnende Geschäfte für verpflichtet zu erachten."

Nach der Entscheidung Bd. 18 S. 281 soll dagegen die Rechnungslegung des Gesellschafters im Falle des § 219 I 17 A. L.R. wesentlich nichts anderes sein als die Rechenschaftsablegung, zu welcher der Bevollmächtigte nach § 61 A. L.R. I 13, ja selbst der Geschäftsführer ohne Auftrag nach § 256 daselbst verpflichtet sei. Dementsprechend heißt es in dem Urtheile vom 5. Mai 1891:[13])

„Wer ... Rechtshandlungen für einen Dritten in dessen Auftrage

[11]) cf. ferner Entsch. des Oberhandelsgerichts (O.H.G.) Bd. 3 S. 268 — Strieth. Arch. Bd. 12 S. 212.

[12]) cf. ferner Entsch. des Reichsger. Bd. 10 S. 231, 20 S. 269, (6 S. 305).

[13]) Jur. Wochenschr. (1891) S. 341 Nr. 25.

vorgenommen hat, ist verpflichtet, Rechenschaft und Auskunft über die Ausführung des Auftrages zu geben.

Diese Pflicht wird zur Pflicht der Rechnungslegung, wenn nach der Lage der Sache nur eine Rechnung die zu gewährende Auskunft zu ertheilen vermag. Die Verbindlichkeit zur Rechnungslegung ist also namentlich begründet, wenn der Mandatar Einnahmen und Ausgaben für den Mandanten gehabt hat, wenn sich die Geschäftsführung mit Einnahmen und Ausgaben über eine längere Reihe von Jahren erstreckt.

Eine eigentliche Vermögensverwaltung ist also keineswegs Voraussetzung der Pflicht zur Rechnungslegung; auch wird Letztere nicht dadurch grundsätzlich ausgeschlossen, daß der Mandant vielleicht auch ohne Beistand des Mandatars in der Lage ist, eine Uebersicht über das Ergebniß der Geschäftsführung zu gewinnen ..." Und in einer anderen Entscheidung[14]) sagt das Reichsgericht: „Nach der thatsächlichen Feststellung ... handelt es sich ... um die langjährige Verwaltung eines nicht unerheblichen Vermögens und eine große Anzahl von Geschäften der verschiedensten Art. ... Unter solchen Umständen reicht die bloße Auskunftsertheilung des Beklagten ... zur Erfüllung der ihm obliegenden Rechenschaftspflicht nicht aus, vielmehr muß derselbe zur Vorbereitung des Anspruchs des Geschäftsherrn auf Herausgabe des Ueberschusses und event. auf Leistung des Interesses förmliche Rechnung stellen. Die Aufzeichnung hat mindestens die Einnahmen des Geschäftsführers nach Zeit, Art und Größe zu enthalten und ist dem Geschäftsherrn zur Prüfung vorzulegen."

In der Entscheidung vom 21. Juni 1894[15]) wird derselbe Grundsatz in der Weise ausgedrückt, daß die Art der Rechenschaft von den Umständen des Falles abhänge und sich bis zur Rechnungslegung mit Belegen steigern könne." Es entspricht dies dem Urtheile vom 19. November 1891,[16]) in welchem es heißt, daß der Beklagte über die ausgeführten Geschäfte auch dann, wenn dieselben ohne Auftrag vorgenommen sein sollten ... Rechenschaft oder sofern nach der Art der Geschäfte vollständige Rechnung erforderlich erscheint, auch diese abzulegen schuldig ist (§ 256 I 13 A. L.R.). — Eccius Bd. 2 (1892)

[14]) Jur. Wochenschr. 1891 S. 24 Nr. 58.
[15]) Jur. Wochenschr. 1894 S. 440 Nr. 63.
[16]) Gruchot Bd. 36 S. 1016 (cf. Jur. Wochenschr. 1894 S. 30 Nr. 92).

S. 329 hält Rechenschaft geben und Rechnung legen nicht für gleichbedeutende Begriffe. Er sagt S. 349 a. a. O.: „Wie der Mandatar hat der Verwalter genaue Rechenschaft abzulegen, aber diese Rechenschaft gestaltet sich für ihn zur Rechnungslegung.“

Dernburg endlich meint zwar Bd. 2 (1889)[17]) S. 524: „Der Bevollmächtigte muß Rechenschaft ablegen, welche sich unter Umständen zur Pflicht der Rechnungslegung gestaltet,“ und S. 542: „Rechenschaft und Rechnungslegung liegt dem Kommissionär wie anderen Bevollmächtigten ob.“

Bd. 3 (1896) S. 659 und Anm. 18 gebraucht er aber beide Ausdrücke ohne Unterschied in Beziehung auf den Vorbehaltserben.

Hieraus ist jedenfalls so viel zu schließen, daß Dernburg bei Feststellung der in Rede stehenden Begriffe aus den in Frage kommenden Rechtsverhältnissen kein Unterscheidungsmerkmal entnimmt, die Verschiedenheit vielmehr nur in der Form erblickt.[18])

Hinsichtlich des gemeinen Rechts sagt Bähr (Jahrb. für Dogmatik v. Ihering Bd. 13 S. 255):

Diese Verpflichtung nennen wir nach der Form, in welcher sie gewöhnlich erfüllt wird — Verpflichtung zur Rechnungsablage. Wo diese Form nicht paßt, brauchen wir den Ausdruck nur ein wenig zu ändern, um uns das Wesen der Sache klar zu erhalten, indem wir statt „Rechnungsablage“ sagen „Rechenschaftsablage“.

Nach Hesse (Juristische Probleme [Fischer, Jena 1872] S. 117) enthält die Rechnungslegung eine Rechenschaftsablegung über die Verwaltung fremden Vermögens in arithmetischer Form (in Zahlengrößen) und ist sie nichts als eine besondere Art, Rechenschaft abzulegen über verwaltetes Vermögen (S. 144).

Monroy (Die vollmachtlose Ausübung fremder Vermögensrechte) führt S. 168, nachdem er S. 163 bemerkt hatte, daß die römischen Rechtsquellen von dem Anspruche auf Rechnungsablage nur beim Mandat, bei der Vormundschaft und negotiorum gestio ausdrücklich sprechen, aus, daß die Verpflichtung zur Rechenschaftsablage keineswegs immer in Gestalt einer eigentlichen Rechnungsablage im engeren Sinne des Wortes auftrete. Die Rechnungslegung bei der Verwaltung eines

[17]) cf. S. 576 zu c Bd. 2.

[18]) cf. Rocholl, Rechtsfälle aus der Praxis des Reichsgerichts Bd. 2 S. 240: Die Rechenschaftspflicht und ihre Erfüllung.

ganzen Vermögens sei die eigentliche Rechnungsablage im engeren Sinne.

Schweppe (Röm. Privatr. Bd. 1 S. 168) hält die Rechenschaftsablage nicht immer für eine eigentliche Rechnungsablage im engeren Sinne des Wortes ... Die eigentliche Rechnungslegung ist nach seiner Ansicht nur eine vereinzelte Erscheinungsform eines weitgreifenden Rechtsprinzips. —

Derselbe Sprachgebrauch wie im Preußischen Rechte herrscht auch im Sächsischen bürgerlichen Gesetzbuche, (cf. §§ 477, 478, 1312, 1348, 1374, 1393), während das Rheinische Civilgesetzbuch und die Rheinische Prozeßordnung (Ausgaben von Cramer und Cretschmar) nur von Rechnungslegung sprechen im Gegensatze zum Badischen Landrecht, welches z. B. im Art. 1993 Rechenschaftsabgabe vorschreibt.[19]) —

In der zweiten Kommission für den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches nun war beschlossen worden, die Terminologie dahin zu vereinfachen, daß überall von der Verpflichtung zur Rechenschaftslegung gesprochen werden soll.[20]) Nach obigen Gegenüberstellungen ist dieser Beschluß jedoch nicht durchgeführt.

Und in der Denkschrift zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, in welcher einmal (S. 69 und 70) von der Verpflichtung zur Rechenschaftsablegung und sodann (S. 71) von einer solchen zur Rechnungslegung gesprochen wird, ist S. 70 gesagt: Für die Verbindlichkeit, über eine mit Einnahmen oder Ausgaben verbundene Verwaltung Rechenschaft zu geben, ist die geeignete und allgemein gebräuchliche Form die Rechnungslegung.

Daher ist im § 259 B.G.B in den Fällen einer derartigen Verwaltung dem Berechtigten der Anspruch auf Rechnungslegung gewährt worden. —

In wie weit oder in welcher Art hiernach oder nach den sonstigen Bestimmungen des B.G.B. ein Unterschied zwischen „Rechenschaftsablage“ und „Rechnungslegung“ zu machen ist, wird sich genauer erkennen lassen, wenn man den Inhalt dieser Begriffe und die Zwecke, denen die in ihnen enthaltenen Rechte dienen sollen, sowie die Verhältnisse, unter welchen diese Rechte geltend gemacht werden können, festzustellen sucht.

---

[19]) cf. die Uebersicht bei Gruchot Bd. 14 S. 371 und Bd. 15 S. 484, 849 ff.
[20]) Greiff 2c. S. 84, Conrad's Jahrb. 3. Folge Bd. 5.

Was zunächst den Inhalt betrifft, so sagt § 666 ganz allgemein: Der Beauftragte ist verpflichtet . . . nach der Ausführung des Auftrages Rechenschaft abzulegen.

Und in den §§ 1421, 1681, 1890 heißt es ebenso allgemein: „Nach der Beendigung der Verwaltung und Nutznießung hat der Mann . . . über die Verwaltung Rechenschaft abzulegen“.

„Endigt oder ruht die elterliche Gewalt des Vaters oder hört aus einem anderen Grunde seine Vermögensverwaltung auf, so hat er dem Kinde . . . über die Verwaltung Rechenschaft abzulegen.“

„Der Vormund hat nach der Beendigung seines Amtes dem Mündel . . . über die Verwaltung Rechenschaft abzulegen.“

Diesen Bestimmungen entsprechen die Vorschriften in den §§ 1667 und 1840:

„Abs. 2: Das Vormundschaftsgericht kann . . . anordnen, daß der Vater . . . über seine Verwaltung Rechnung legt.“

„Der Vormund hat über seine Vermögensverwaltung dem Vormundschaftsgericht Rechnung zu legen.“

Im § 1214 dagegen ist der Pfandgläubiger verpflichtet worden, „für die Gewinnung der Nutzungen zu sorgen, auch Rechenschaft abzulegen“. —

Soll nun der Beauftragte nach der Ausführung des Auftrages Rechenschaft ablegen, so kann darunter nur verstanden werden, daß dies über die Ausführung geschehen, er also das Ausgeführte angeben soll (cf. § 591 Entw. I).[21] Nichts anderes enthalten die vorstehenden Vorschriften, nach welchen über die Verwaltung Rechenschaft oder Rechnung gelegt werden soll.

Dasselbe gilt auch für § 1214, wonach anzunehmen ist, daß der Pfandgläubiger über die Gewinnung der Nutzungen Rechenschaft geben soll, und zwar, wie aus Abs. 2 § 1214 folgt, um den Reinertrag festzustellen. Dazu bedarf es also der Angaben der Einnahmen und Ausgaben. Hinsichtlich der Letzteren kommt aber, wenn Auslagen für Verwendungen eingestellt sind, deren Ersatzpflicht, welche sich nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag regelt (§ 1216), in Frage. Es müssen also die Angaben des Verpflichteten auch nach

[21]) Vergl. I 13 §§ 61, 256; 14 §§ 135, 136 A. L.R. — Der Kommissionär ist verpflichtet, über das Geschäft Rechenschaft abzulegen (Art. 361 H.G.B., § 384 des Ges. vom 10. Mai 1897.)

dieser Richtung hin Aufschluß geben. Hieraus muß man folgern, daß dem Berechtigten dadurch die Befugniß eingeräumt ist, auf Verlangen auch hierüber unterrichtet zu werden, um die Art und Weise der Nutzung prüfen zu können, mögen auch die diesbezüglichen Angaben zunächst mehr im Interesse des Verpflichteten liegen, der andernfalls möglicherweise seinen Ersatzanspruch nicht durchsetzen kann. Mit anderen Worten, der Berechtigte kann über die betreffenden Handlungen Aufklärung fordern.

Dasselbe gilt für die anderen oben angeführten Fälle der Rechenschaftsablage und Rechnungslegung.

Wenn es im § 1978 heißt:

„. . . so ist der Erbe den Nachlaßgläubigern für die bisherige Verwaltung so verantwortlich, wie wenn er die Verwaltung für sie als Beauftragter zu führen gehabt hätte . . .“

und sich hiernach oder nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag die Ersatzpflicht des Nachlasses für Aufwendungen (Abs. 3 § 1978) richten soll, so müssen die Angaben des Verpflichteten neben einer etwaigen Begründung eines derartigen Anspruchs auch den Umfang seiner Verantwortlichkeit ergeben (vergl. § 1991). Seine Verpflichtung dazu folgt aus § 666 bezw. 681. Oder da § 1421 bestimmt, daß der Mann nach Beendigung der Verwaltung und Nutznießung . . . über die Verwaltung Rechenschaft ablegen soll, so muß er über die Art und Weise derselben ebenfalls Aufklärung geben, um die Möglichkeit der Prüfung der ihm nach § 1359 obliegenden Sorgfalt zu schaffen (vergl. § 1546 Abs. 3).[22])

Und wenn endlich § 2130 vorschreibt: „Der Vorerbe ist verpflichtet, dem Nacherben die Erbschaft in dem Zustande herauszugeben, der sich bei einer bis zur Herausgabe fortgesetzten ordnungsmäßigen Verwaltung ergiebt“,

so muß die in Abs. 2 vorgeschriebene Rechenschaftsablage die Prüfung der Ordnungsmäßigkeit der Verwaltung mit Rücksicht auf die im § 2131 dem Vorerben auferlegte Sorgfalt ermöglichen.

In allen vorstehenden Fällen ergiebt sich also für den Berechtigten die gleiche Befugniß, vom Verpflichteten die Angabe der Einnahmen

---

[22]) Bezüglich des Preuß. Rechts vergl. §§ 114, 115 I 11; 143 und 226 I 20; 444 I 9 und 17 Ges. vom 28. März 1879 (Gruchot Bd. 34 S. 938); § 657 II 1. — Fischer und Henle zu § 1421 B.G.B. Anm. 2.

und Ausgaben unter Darlegung der bezüglichen Handlungen sowie die Rechtfertigung dieser Angaben und Handlungen zu fordern.[23])

Somit besteht nach dem B.G.B. eine Unterscheidung zwischen „Rechenschaftsablage“ und „Rechnungslegung“ dem Inhalte nach nicht. Dies zeigt insbesondere § 1890, wonach der Vormund dem Mündel Rechenschaft abzulegen hat. Soweit er dem Vormundschaftsgerichte aber Rechnung gelegt hat, genügt die Bezugnahme auf diese Rechnung (§§ 1891, 1892)![24])

Es muß demnach angenommen sein, daß die dem Mündel selbst zu legende Rechenschaft dasselbe enthalten soll, wie die dem Vormundschaftsgerichte gelegte Rechnung (vergl. § 2218 Abs. 1 und 2)! Diese Uebereinstimmung ergiebt sich für das Handelsrecht aus den Art. 361, 376 und Art. 466, 503 Abs. 5, in denen die Worte „Rechenschaftsablage“ und „Rechnungslegung“ ebenfalls in demselben Sinne gebraucht sind. (§§ 340, 384, 400 und 499, 534 des Ges. vom 10. Mai 1897.)[25])

Der Inhalt des Rechts auf „Rechenschaftsablage“ und „Rechnungslegung“ ist[26]) hiernach: Die Berechtigung, von dem Verpflichteten Darlegung derjenigen Thatsachen zu verlangen, welche mit einer Handlung desselben in Verbindung und im unmittelbaren Zusammenhange stehen mit demjenigen Rechtsverhältnisse, auf Grund dessen er in Anspruch genommen wird.

Eine Ausnahme besteht nur für die Fälle, in denen das Gesetz den Inhalt bestimmt feststellt, wie im § 740 Abs. 2 B.G.B.; Art. 376 Abs. 2 H.G.B. (§ 400 des Ges. vom 10. Mai 1897).

Hervorgehoben mag noch werden, daß also der Berechtigte auch

---

[23]) Vergl. §§ 61, 256 I 13; 135, 136 I 14 A.L.R. — Fischer und Henle zu § 666 B.G.B.

[24]) Mot. Bd. IV S. 1184, 1185.

[25]) Vergl. Makower, Kommentar zu Art. 361 H.G.B. Anm. 5[b]. — Puchelt ebenda Anm. 8. — Staub zu Art. 360 Anm. 3 und zu Art. 361 Anm. 3. — Strieth. Arch. Bd. 12 S. 212, O.T.B. Bd. 20 S. 159.

[26]) cf. bezüglich des gemeinen Rechts Klewitz a. a. O. S. 12ff., Seuffert, Arch. Bd. XV Nr. 23.

die Angabe der Ausgaben fordern kann, der Rechnungssteller hierzu verpflichtet[27]) und nicht nur berechtigt ist (§ 259 B. G.B.).[28])

Als Grund hierfür wird angegeben,[29]) weil der Gläubiger das Interesse habe, das Zuständige zu erhalten, also unter Abrechnung der Gegenforderungen die ganze Angelegenheit abzuwickeln. — Die Rechnungslegung sei für den Gläubiger von Bedeutung als das Mittel, um zu konkreten Forderungsrechten zu gelangen, . . . sie sei das Zwischenglied, um zur einstweiligen Feststellung der Forderung und daraufhin zur Lösung zu gelangen.

Sie soll nach Eccius[30]) ein vorbereitendes Mittel sein, um künftige Ansprüche zu sichern.

Dieser Ansicht ist auch Bähr.[31]) Er führt aus, daß die Rechnungslegung zur Vorbereitung für eine materielle Vermögensherausgabe, zur Feststellung von Forderungsrechten diene. Der Kläger begehre Geständnisse, dahinter stecke der materielle Anspruch auf eventl. Herausgabe dessen, was es dem Kläger nach dem Ergebnisse der Rechnungslegung heraustrage. Dieser Anspruch sei selbstverständlich in jeder Klage auf Rechnungslegung enthalten.[32])

Dernburg[33]) dagegen bewilligt das Recht auf Rechnungslegung auch lediglich, z. B. bei der Sozietät, zu dem Zwecke, um eine Abwickelung des illiquiden Verhältnisses vorzubereiten. Dem Gesellschafter soll es eventl. lediglich zu dem Zwecke zustehen, damit er sich Aufklärung über den Gang der Gesellschaftsgeschäfte verschaffe und dieselben demgemäß überwachen könne.[34]) Dernburg befindet sich hier in

---

[27]) Die gegentheilige Ansicht für das gemeine Recht vertritt Bähr a. a. O. S. 259 ff. und „Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund“: S. 246, im Gegensatz zu Hesse a. a. O. S. 143. — Seuffert, Arch. Bd. 22 Nr. 135; Klewitz a. a. O. S. 14 ff. O.H.G. Bd. 3 S. 48, 13 S. 40, 14 S. 88.

[28]) Keyßner bei Holtzendorff (Encyklopädie) Art. Rechnungslegung — Dernburg Bd. 2 (1889) S. 112. — Fischer, Lehrb. d. Preuß. Privatrechts S. 145. — Jur. Wochenschr. 1893 S. 189 Nr. 29 und S. 302 Nr. 25.

[29]) Keyßner a. a. O. S. 252.

[30]) Eccius Bd. 1 (1892) S. 227.

[31]) Bähr (Rechnungsleg.) S. 252 ff. Entsch. des Reichsger. v. 14. März 1887 in Sachen Baczkawsky c. Brenk (Jur. Wochenschr. S. 129) und ebenda 1891 S. 24 Nr. 58.

[32]) Schweppe a. a. O. S. 166.

[33]) Dernburg Bd. 2 S. 111 Nr. 1.

[34]) Dernburg a. a. O. S. 679.

Uebereinstimmung mit Bähr, welcher (im Gegensatze zu vorstehender Ausführung) unter Umständen das Interesse des Berechtigten entscheiden läßt, um die Thätigkeit des Rechnungsstellers einer gewissen Prüfung zu unterwerfen, auch nach Befinden danach seine von dieser Thätigkeit berührten Verhältnisse zu Dritten bemessen zu können.[35])

Dies ist auch der Standpunkt des Preußischen Allgemeinen Landrechts und Handelsgesetzbuchs. Diese beschränken das Recht nicht auf rein präparatorische Zwecke.[36])

Es ergiebt sich dies insbesondere daraus, daß in diesen Gesetzen die Ausübung des Rechts an einen bestimmten Zeitpunkt nicht gebunden ist, wie hierüber in der Judikatur und Litteratur kein Zweifel herrscht,[37]) selbst in den Fällen nicht, in denen es, wie z. B. nach §§ 61 I 13; 139 I 14; 164, 165 I 17; 143 I 20 A. L.R.; Art. 270 H.G.B. den Anschein hat, als ob Rechnungslegung erst nach Abwickelung der betreffenden Geschäfte gefordert werden dürfte, also zu einer Zeit, wo es sich in der That um endgültige Regulirung, somit um Feststellung eventl. Forderungsrechte und Herausgabe des Erträgnisses handelt.[38])

Geben diese Gesetze im einzelnen Falle eine für alle Eventualitäten bindende Zeitbestimmung, so ist dieselbe als eine Spezialvorschrift anzusehen, wie dies auch für die §§ 1421—1681—2130 B. G.B. anzunehmen ist.[38a]) Eine solche enthält ferner § 740 B. G.B. (Art. 130 Abs. 4 H.G.B.), wenn daselbst bestimmt wird, daß der ausgeschiedene bezw. ausgeschlossene Gesellschafter nur am Schlusse eines jeden Geschäftsjahres Rechnungsablage fordern kann.[39])

Dieselbe folgt hier aus dem Umstande, daß der Berechtigte thatsächlich nur noch ein Forderungsrecht an das Gesellschaftsvermögen hat (Art. 131 l. c., §§ 738, 740 B. G.B.)

Erwägt man nun, daß dem aktiven Gesellschafter, welchem nach Art. 125 Abs. 2; Art. 1 l. c.; § 219 I 17 A. L.R. unzweifelhaft

[35]) Bähr a. a. O. S. 265. — Klewitz a. a. O. S. 17.

[36]) cf. O.T.B. Bd. 22 S. 136 ff. — Rocholl a. a. O. S. 238.

[37]) O.T.B. Bd. 13 S. 210. Str. Arch. Bd. 83 S. 125. — Sintenis, Anleitung zum Studium des Bürgerl. Gesetzb. für das Königreich Sachsen (1864) S. 379. Siebenhaar, Lehrb. d. Sächs. Privatr. (1872) S. 668 n. 2.

[38]) Entsch. d. Reichsger. Bd. 15 S. 80 ff.

[38a]) Vergl. Fischer und Henle zu § 2130 B. G.B.

[39]) Staub S. 212 (S. 226 § 21).

ebenfalls das Recht auf Rechenschaftsablage zusteht,[40]) eine solche Zeitgrenze nicht gesteckt ist, muß man da nicht e contrario schließen, daß ihm dasselbe noch zu anderen Zwecken, als den im Art. 130 bezeichneten gegeben ist?

Ein solcher läßt sich aus Art. 105 H.G.B. entnehmen, da, wie gesagt, jedem Gesellschafter neben den daselbst eingeräumten Befugnissen auch der Anspruch auf Rechenschaftsablage zusteht. Dieser muß deshalb ebenso wie diese anderen Befugnisse zu informatorischen Zwecken geltend gemacht werden können und von dem Gesetz hierzu bestimmt sein.[41]) Dies ist auch aus den Art. 466, 503 Abs. 5 H.G.B. zu entnehmen, nach denen der Korrespondentrheder und der Schiffer jederzeit zur Rechnungslegung verpflichtet sind. Bezüglich des Letzteren ist außerdem bestimmt, daß er solches nach der Rückkehr in den Heimathshafen thun muß. — Daß nun nach dem B.G.B. der Gesellschafter von dem geschäftsführenden Mitgliede Rechenschaft fordern kann, ist im § 713 ausdrücklich festgesetzt, auch ist der Inhalt des Art. 105 H.G.B. durch § 716 in das B.G.B. aufgenommen. Dagegen enthält § 721 die Vorschrift, daß der Rechnungsabschluß erst nach der Auflösung der Gesellschaft und bei Gesellschaften von längerer Dauer im Zweifel am Schlusse jedes Geschäftsjahres zu erfolgen hat. Versteht man hierunter auch die Forderung einer Rechenschaftsablage, so erscheint dieselbe allerdings zunächst neben den im § 716 eingeräumten Befugnissen ausgeschlossen.[42])

Was bedeuten jedoch die Worte „im Zweifel“? Dies ergiebt § 271. Nach den Motiven (Bd. II S. 38 zu § 231) ist im Zweifel die Zeitbestimmung als lediglich im Interesse des Schuldners beigefügt anzusehen und kann hiernach der Gläubiger vor der bestimmten Zeit die Leistung nicht fordern. Die Auslegungsregel im Abs. 2 tritt aber

[40]) O.H.G. Bd. 19 S. 344. — Nürnberger Protokolle S. 195, 4554. — Str. Arch. Bd. 64 S. 158, 161. — Makower Art. 105 H.G.B. Anm. 32 (Puchelt a. a. O. Anm. 5 Abs. 2); Staub S. 154. — Jurist. Wochenschr. 1894 S. 581 Nr. 35.

[41]) cf. Rocholl a. a. O. S. 237. — Seuffert Arch. Bd. 1 Nr. 274, 37 S. 286ff. — Schletter, Jahrb. Bd. 7 S. 326. — Weiske, Rechtslexikon Bd. IX, Art. Rechnung. — Hesse a. a. O. S. 140, 144, 164. — Monroy a. a. O. S. 166. — Fischer a. a. O. S. 145. — Puchelt zu Art. 160 H.G.B. Anm. 5.

[42]) Vergl. Mot. Bd. II S. 616.

selbstverständlich zurück, wenn sich im Einzelfalle ergiebt, daß die Zeit auch zu Gunsten des Gläubigers bestimmt ist.

Hiernach kann man annehmen, daß die Festsetzung nicht zu dessen Schaden ausgebeutet werden darf. Handelt es sich also um Gefährdung der Interessen des Geschäftsherrn, worüber das richterliche Ermessen entscheidet, so kann er demnach vor dem bestimmten Zeitpunkt, welcher außer in dem vorerwährten § 721 Abs. 2 (vergl. § 713) auch im § 2218 (vergl. § 1840 Abs. 2) abweichend von § 666 festgesetzt ist, die ihm zustehende Leistung, d. h. im gegebenen Falle auch Rechenschaftsablage fordern.[43]) Dies gilt ebenso für § 716. Ein Beispiel für eine derartige Gefährdung enthält § 1667, wonach eine solche vorliegt, wenn die Verwaltungspflichten verletzt werden oder auf Seiten des Geschäftsführers Vermögensverfall eintritt. Ohne daß es sich also schon um Realisirung eines anderweitig begründeten Forderungsrechts handelt, kann doch bereits Rechenschaftsablage nach dem B. G.B. verlangt werden, d. h. also neben dem präparatorischen auch zum informatorischen Zwecke.

Erfüllt wird derselbe durch Darlegung der oben angegebenen Thatsachen in dem Umfange, wie es nach richterlichem Ermessen zur Verwirklichung des jedesmaligen Interesses erforderlich ist.[44]) Hierin besteht also der Endzweck[45]) jeder Rechenschaftsablage oder Rechnungslegung.

Uebrigens ist, wie hier gleich bemerkt werden kann, die Verfolgung eines etwaigen Defekts oder des aus dem zu Grunde liegenden Verhältnisse sich ergebenden Anspruchs selbst nicht von der vorherigen Rechenschaftsablage abhängig.

Der Rechnungsherr kann seine Rechte, wenn er zu deren Substantiirung im Stande ist, ohne Weiteres verfolgen,[46]) wie schon daraus folgt, daß er auf Rechenschaftsablage verzichten kann (cf. § 1214

[43]) Vergl. Mot. Bd. II S. 537. — Puchelt zu Art. 142 H.G.B. Anm. 3 und zu Art. 253, 270. — Klewitz a. a. O. S. 58.

[44]) Weiske, Rechtslexikon Bd. 9 S. 128. — Str. Arch. Bd. 61 S. 101, 66 S. 226. — O.H.G. Bd. 6 S. 218, 13 S. 40.

[45]) Jur. Wochenschr. 1896 S. 181 Nr. 55.

[46]) O.H.G. Bd. 12 S. 366. Jur. Wochenschr. 1895 S. 306 Nr. 46. — cf. Puchelt zu Art. 239 H.G.B. Anm. 8. — Strieth. Arch. Bd. 3 S. 83, 45 S. 191, 42 S. 194, 67 S. 167. O.T.B. Bd. 13 S. 210. — Gruchot Bd. 24 S. 446, 36 S. 1168. Mot. Bd. II S. 538.

Abs. 3 B. G.B.), welcher Verzicht übrigens, wie sich aus § 716 Abs. 2 B.G.B. entnehmen läßt, im Falle einer Unredlichkeit seitens des Geschäftsführers seine Wirkung wieder verlieren kann.[47])

Nur in soweit ist der Geschäftsherr beschränkt, als er vor stattgehabter Verrechnung, wenn er selbst die Rechnung aufstellt, einzelne Posten nicht herausgreifen und deren Berichtigung fordern darf, wie in gleicher Weise der Geschäftsführer auf Verlangen des Geschäftsherrn erst nach Ablegung der Rechnung seine etwaigen auf Grund der Geschäftsführung ihm zustehenden Ansprüche erheben darf.[48])

Im Rechnungsprozesse tritt nun, namentlich, wenn es sich um Feststellung von Forderungsrechten handelt, eine Umkehr der Beweislast ein.[49]) Der Beklagte muß dem Kläger das thatsächliche Material beschaffen, damit Ersterer daraufhin seine etwaigen weiteren Maßnahmen treffen kann.

Es ist durch die Einräumung des Rechts auf Rechenschaftsablage also eine Ausnahme geschaffen worden. Hieraus in Verbindung mit dem Umstande, daß dasselbe im Gesetze nur für einzelne Rechtsverhältnisse ausdrücklich eingeräumt ist, ergiebt sich, daß es nicht auf einer obligatio ex lege gegen und für Jedermann beruht.[50])

Verschieden hiervon ist aber die Frage, ob es deshalb auf diejenigen Fälle, in denen das Gesetz dasselbe erwähnt, beschränkt ist. Bezüglich des Preußischen Rechts sagt Eccius[51]) in dieser Hinsicht, daß es in den meisten Fällen seine Begründung in besonderen Obligationsverhältnissen, namentlich denjenigen, welche aus der Führung fremder Geschäfte erwachsen, habe. So soll nach ihm der Mandatar, Verwalter, Geschäftsbesorger, Vormund Rechnung aufmachen.

Er läßt es unerörtert, ob auch außerhalb eines Vertragsverhältnisses bezw. in welchen anderen Rechtsverhältnissen, der Anspruch begründet sein kann.

---

[47]) cf. Klewitz S. 44. — Jur. Wochenschr. 1894 S. 548 Nr. 19. — I 14 § 157 ff. A.L.R.

[48]) cf. bezüglich der Erben im Falle des § 444 I 9 A.L.R. Gruchot Bd. 24 S. 541, 30 S. 290 Nr. 7.

[49]) Baehr a. a. O. S. 254. Hesse S. 137. Keyßner, Kommentar zu Art. 270 H.G.B. O.H.G. Bd. 14 S. 88. — Denkschr. S. 151 und 152.

[50]) Keyßner bei Holtzendorff a. a. O. — Klewitz S. 7.

[51]) Bd. 1 (1892) S. 227.

Dernburg[52]) ließ früher den Anspruch zu in allen Fällen, wenn jemand für fremde Rechnung handelt und im eigenen Interesse fremde Objekte inne hat, insbesondere gegen den Besitzer fremder Objekte, welcher mit einer Vindikation oder Erbschaftsklage belangt wird. — Mit Recht führt gegen die Begründung dieser Ansicht das Reichsgericht Bd. 10 S. 210ff. aus, daß Dernburg für die Berechtigung der Erweiterung den speziellen Beweis schuldig geblieben sei, indem er nur Gesetzesstellen citire, welche ein besonderes Verhältniß zwischen den Betheiligten voraussetzten.

Für eine Ausdehnung auf analoge Rechtsverhältnisse endlich hat sich das Obertribunal und Reichs-Oberhandelsgericht ausgesprochen.[53])

Gegen diese Praxis wendet sich Rocholl,[54]) indem er ihr vorwirft, daß sie dadurch die Rechenschaftspflicht weit über die Grenzen des Gesetzes ausgedehnt habe. Es sei nämlich, so führt er aus, jede Art der eigentlichen Rechenschaftspflicht zurückzuführen auf die Geschäftsführung für einen Anderen, welche entweder zufolge Vereinbarung mit demselben oder ohne dessen Auftrag und ohne gesetzliche Pflicht, für denselben zu handeln, stattgefunden habe. Eine solche Geschäftsführung setze die freiwillig und mit bewußter Absicht vorgenommene Vertretung des Geschäftsherrn voraus.[55])

In Anwendung dieses Prinzips reprobirt Rocholl die Praxis bezüglich der Verpflichtung des unredlichen Besitzers im Falle des § 223 I 7 A. L.R., wie auch in den bei der communio incidens angenommenen Fällen, indem er sich außer auf den Mangel der in dem bezeichneten Prinzipe von ihm aufgestellten Voraussetzungen noch besonders auf § 229 I 7 bezw. §§ 53, 55 I 17 und § 259 I 13 ebenda beruft und bei der communio incidens Ausnahmen nur zulassen will, wenn die §§ 54, 41 I 17 und § 247 I 13 A. L.R. in Frage kämen, da sonst die Theilungsklage genüge.

Das Reichsgericht hält in seinen Entscheidungen Bd. 3 S. 333; 10 S. 210ff.; 18 S. 280[56]) das Recht auf Rechnungslegung

[52]) Bd. II (1880) S. 106.

[53]) O.T.B. Bd. 49 S. 22ff., 52 S. 1ff. O.H.G. Bd. 22 S. 338. — Str. Arch. Bd. 8 S. 307 (44 S. 307), 50 S. 46.

[54]) Rocholl a. a. O. S. 222ff., 228—235.

[55]) cf. Schweppe a. a. O. Bd. 1 § 209.

[56]) Vergl. auch Entsch. Bd. 14 S. 202ff.

namentlich in solchen Vertrags- oder vertragähnlichen Verhältnissen für gegeben, welche aus der Führung fremder Geschäfte erwachsen.

In Uebereinstimmung mit Rocholl befindet es sich anscheinend in seiner Entscheidung Bd. 10 S. 214 insoweit, als es hier sagt, daß selbst ein widerrechtlich ergriffener Besitz nicht ohne Weiteres zu der Angabe der in Besitz genommenen Sache und zur Rechnungslegung verpflichte.

Erwägt man jedoch, daß das Reichsgericht in unmittelbarem Anschlusse hieran zwei von ihm entschiedene Fälle erwähnt, in denen derartige Klagen zurückgewiesen sind, so muß man wohl annehmen, daß dies zur Ergänzung und Erklärung der vorher ausgesprochenen Ansicht geschehen ist.

In diesen beiden Fällen handelt es sich aber nun gar nicht um die Herausgabe einer Sache mit Früchten bezw. um Letztere, vielmehr hauptsächlich nur um die Anzeigepflicht.[57] In seiner Entscheidung vom 9. Oktober 1882 sagt das Reichsgericht ausdrücklich: „Der Beklagte hat keine dem Kläger gehörige Sache, nicht etwa ein diesem gehöriges Bergwerk in Besitz genommen, eine solche Sache nicht verwaltet und nicht Früchte davon gezogen.

Es ist nur festgestellt, daß der Beklagte aus dem dem ausschließlichen Ausbeutungsrechte des Klägers unterworfenen Kollisionsfelde . . . eigenmächtig Kohlen gewonnen und diese Substanztheile in Besitz genommen hat. . ."

Man wird hiernach nicht sagen können, daß das Reichsgericht in der Entscheidung Bd. 10 S. 214 zu der in Rede stehenden Kontroverse hat Stellung nehmen wollen, und zwar wird man dies um so weniger thun dürfen, als es in derselben den Plenarbeschluß des Obertribunals (Bd. 49 S. 21 ff.) erwähnt, ohne sich gegen denselben auszusprechen.

Hervorgehoben mag noch werden, daß das Reichsgericht sagt, daß sich aus einem bloßen Interesse der Klägerin und, weil die Beklagte besser als Klägerin im Stande sei, über die vorwaltenden Verhältnisse Auskunft zu geben, dieser die . . . Verpflichtung, Rechnung zu legen, nicht angesonnen werden könne.

Ueber die Gestaltung der Verhältnisse im Falle der Unmöglichkeit der eigenen Feststellung der erforderlichen Thatsachen, welcher Umstand

[57]) Brassert, Zeitschr. für d. Bergrecht Bd. 24 S. 508, Entsch. d. Reichsger. Bd. 9 S. 269.

als rationeller Grund der in Rede stehenden Rechenschaftspflicht angenommen ist (Rocholl S. 231), hat das Reichsgericht also hier keine Entscheidung getroffen.[58]) Es hält nur die Widerrechtlichkeit des Besitzes allein nicht für einen zureichenden Grund und verneint nach dieser Richtung hin das Vorhandensein allgemeiner civilrechtlicher Grundsätze, welche das hierauf gestützte Verlangen nach Rechnungslegung rechtfertigen können.

Eine solche Thatsache allein steht aber bei der Rechenschaftsablage über die Früchte seitens eines unredlichen Besitzers nicht in Frage, vielmehr sind hier die von demselben erst in Verfolg des dolosen Besitzerwerbs vorgenommenen weiteren Handlungen der Nutznießung entscheidend.[59]) Die Stellung des unredlichen Besitzers nach Art des negotiorum gestor rechtfertigt seine Rechenschaftspflicht.[60])

Das Reichsgericht[61]) hat sich in dieser Beziehung rücksichtlich des gemeinen Rechts auf Grund der l. 6 § 3; l. 5 § 5 Dig de neg. gest. 3, 5 dahin ausgesprochen, daß die actio neg. gest. in ihrem vollen Umfange gegen denjenigen stattfinde, welcher dolos über fremdes Vermögen zu seinem eigenen Vortheile verfügt habe, denn der dolus des Geschäftsführers, welcher denselben sogar unbeschränkt für allen durch seinen Eingriff in das fremde Eigenthum dem Eigenthümer erwachsenden Schaden haftbar mache, müsse umsomehr (immo magis) auch die wissentlich unterlassene contemplatio domini ersetzen, ein Grundsatz,[62])

---

[58]) cf. Rehbein a. a. O. Bd. 2 S. 620 Anm.

[59]) cf. Gruchot Bd. 39 S. 148 (Jur. Wochenschr. 1894 S. 30 Nr. 92, 1896 S. 181 Nr. 55).

[60]) Es liegt somit bezüglich des Preuß. Rechts keine zwingende Veranlassung vor, sich von den vom Obertribunal entwickelten Grundsätzen abzuwenden. Der Ansicht des Obertrib. scheint auch Rehbein zu sein, a. a. O. Bd. 2 S. 789 Anm. Abs. 1 und 2 (cf. Koch (1878) zu § 158 I 5 A.L.R. Anm. 84, § 235 I 7 Anm. 72 und zu § 64 I 23 A.G.O.) — Bähr a. a. O. S. 255 ff. — Anerkennung S. 246 ff. — Monroy a. a. O. S. 163 ff. — Jur. Wochenschr. 1896 S. 365 Nr. 58.

[61]) Entsch. Bd. 13 S. 184 cf. O.H.G. Bd. 22 S. 340.

[62]) Rehbein, Entsch. des Obertribunals Bd. 2 S. 618 Anm. Abs. 2, 621 Anm. Abs. 2, 624 Anm. Abs. 2 und 3, 625 Abs. 3, 789 Anm. Abs. 2. — Koch (1879) zu §§ 229, 256 I 13 Anm. (5 A.). — Fischer a. a. O. S. 145. — O.T.B. Bd. 63 S. 141. Strieth. Arch. Bd. 33 S. 110, 80 S. 227. — Eccius Bd. 2 (1892) S. 464 Anm. 61, 3 S. 128, 4 S. 641. — Entsch. des Reichsger. Bd. 29 S. 49. Jur. Wochenschr. 1894 S. 478 Nr. 38.

der auch für den Geltungsbereich des A. L.R. maßgebend ist, und zwar auch für die erbrechtlichen Verhältnisse.[63])

Nach den Motiven zu § 930 bis 937 Entw. I Bd. II S. 405 ist eine Entscheidung hierüber hinsichtlich des unredlichen Besitzers absichtlich unterblieben und die Frage offen gelassen.

In der zweiten Kommission ist sie aber anscheinend im obigen Sinne getroffen, denn die Denkschrift S. 201 betrachtet den unredlichen Besitzer gewissermaßen als einen Verwalter einer fremden Sache, weil er mit der Möglichkeit eines ihm ungünstigen Ausganges des Rechtsstreits rechnen müsse.

Was ferner die Rechenschaftspflicht bei der communio incidens (§ 115 a. a. O.) betrifft, so befindet sich Rocholl (S. 232)[64]) in dieser Beziehung in Uebereinstimmung mit Westerburg,[65]) welcher bei den durch eine communio incidens entstandenen Rechtsverhältnissen ohne Weiteres ebenfalls einen Anspruch auf Rechnungslegung nicht zuläßt, die Pflicht hierzu vielmehr nur dann für vorhanden annimmt, wenn mit der zufälligen Gemeinschaft gleichzeitig ein ausdrückliches oder stillschweigendes Mandat oder negot. gestio verbunden ist, in welchen Fällen alsdann auf Grund hiervon die actio mand. oder neg. gest. auf Rechnungslegung gegeben sei. — Entgegengesetzt zu diesen Ansichten hat das Reichsgericht jedoch entschieden,[66]) indem es sich auf Dernburg (1889) Bd. 2 § 216 bezieht, welcher daselbst unter Hinweis auf § 171 I 17 A. L.R. ausführt, daß bei dem aus einer zufälligen Begebenheit entstandenen Miteigenthum der Geschäftsführer Rechnung zu legen hat, sei es, daß er die Geschäfte der Gesellschaft mit oder ohne Auftrag, sei es in eigenem oder in anderem Namen besorgte.

Das Reichsgericht verwirft die Ansicht von Westerburg ausdrücklich.

Hiernach und nach dem sonstigen Inhalte der bezeichneten Entscheidungen kann nur angenommen werden, daß das Reichsgericht bei den durch die communio incidens begründeten Rechtsverhältnissen all-

---

[63]) § 7 I 46 A.G.O. — § 165 I 17 A. L.R. verglichen mit § 160 ebenda, §§ 457 ff., insbesondere § 549 I 9 A. L.R. und § 28 I 22 A. G.O.

[64]) Vergl. §§ 41, 54 I 17, 247 I 13 A. L.R.

[65]) Gruchot, Beitr. Bd. 20 S. 199 ff.

[66]) Bd. 18 S. 283, 3 S. 333.

gemein den Theilhabern das Recht auf Rechnungslegung zuspricht, und zwar deshalb, weil die Handlungen eines Theilnehmers, welche die gemeinschaftliche Sache betreffen, stets so beurtheilt werden müssen, als ob sie gleichzeitig im Interesse der Gemeinschaft vorgenommen sind, aus welcher Rechtsstellung von selbst die Verpflichtung folgt, die stattgehabte Geschäftsführung den übrigen Theilnehmern aufzudecken.[67])

Das Reichsgericht[68]) sagt mit Recht: Der Umstand, daß der verwaltende Mitinteressent, soweit seine Betheiligung reiche, seine eigenen Geschäfte führe, sei für die Frage, ob die andern Mitinteressenten für ihren Antheil Rechnungslegung fordern könnten, ein unerheblicher, da er hinsichtlich dieser Antheile fremde Geschäfte führe.[69])

Daß dies der Standpunkt des A. L.R. ist, dürfte sich auch aus § 59 I 17 ergeben, wo die Schadensersatzpflicht des bezüglich der gemeinschaftlichen Sache ohne Auftrag handelnden Theilhabers dahin bestimmt wird, daß er gleich einem Fremden haftet, indem ohne Einschränkung auf Tit. 13 Abschn. 2 und 3 verwiesen wird.

Man muß, wenngleich das Gesetz die Bestimmungen über negotiorum gestio im § 59 I 17 nur hinsichtlich der etwaigen Schadensersatzpflicht ausdrücklich erwähnt, aus diesem Hinweise doch als Prinzip des Gesetzes entnehmen, daß es den ohne Auftrag in Betreff der gemeinschaftlichen Sache handelnden Theilhaber den Mitinteressenten gegenüber rücksichtlich deren Antheile überhaupt als negotiorum gestor ansieht. Diese müssen demnach im Falle des § 53 I 17 auch alle dementsprechende Rechte haben. Es ist kein Grund ersichtlich, daß wegen der Schadensersatzpflicht eine Ausnahmebestimmung hat getroffen werden sollen.[70]) Aus § 259 I 13 läßt sich folgern, daß die Geschäftsführung hier mit Rücksicht auf die durch die Sachlage gegebene Untrennbarkeit der Wirkungen insofern ein anderes Resultat herbeiführt, als in diesem Falle aus dem Geschäftsbesorger ein Theilhaber wird,

[67]) Die §§ 55 ff. I 17 A. L.R. ordnen nur die Rechtsverhältnisse Dritten gegenüber.

[68]) Bd. 18 S. 283.

[69]) Vergl. Koch zu § 71 I 17 A. L.R. Anm. 58 (1879).

[70]) Sintenis (a. a. O. S. 385) hält für das Sächs. Recht die Verbindlichkeit zur Rechnungslegung bei der Verwaltung gemeinschaftlicher Sachen für zulässig, obwohl die §§ 333, 334, auf welche er verweist, nur die Theilungsklage erwähnen. — Mongroy a. a. O. S. 135 ff. — Weiske, Rechtslexikon Bd. IX S. 132 Nr. 5. — Strieth. Arch. Bd. 83 S. 125.

trotzdem seine ursprüngliche Handlung zum Theil eine Geschäftsbesorgung enthielt, und daß als Ausgleichungsmittel nicht die actio negotiorum gestorum, sondern das judicium communi dividundo eintritt, welches aber ebensowenig wie in den erbrechtlichen Verhältnissen die actio familiae herciscundae das Recht auf Rechenschaftsablage ausschließt. § 259 I 13 sagt also nicht, daß keine negotiorum gestio vorliegt, er giebt vielmehr für diesen Fall der Geschäftsbesorgung nur besondere Bestimmungen hinsichtlich der Wirkung derselben, indem er vorschreibt, daß daraus eine communio incidens entstehe. Die Rechtsverhältnisse, welche sich aus der Letzteren erst ergeben, werden im Titel 17 geregelt.[71])

Man muß somit, wie aus den bezeichneten Hinweisungen zu entnehmen ist, als nach A. L.R. bestimmt ansehen, daß in den in Rede stehenden Fällen auch bei der communio incidens die Grundsätze der negotiorum gestio Platz greifen sollen. § 259 I 13 A. L.R. besagt über die Wirkungen nichts anderes wie § 171 I 17, und in letzterem Falle hält das Reichsgericht,[72]) wie hier nochmals hervorgehoben werden mag, den Anspruch auf Rechnungslegung für selbstverständlich.

Also die durch die communio incidens geschaffenen Rechtsverhältnisse und die durch bedingte Stellung der Theilhaber zu einander bilden die Grundlage für die Rechenschaftspflicht.[73])

Nach dem B. G.B. nun ist jeder Beauftragte rechenschaftspflichtig.

Dies gilt ferner dann, wenn die Verpflichtung zur Geschäftsbesorgung durch einen Dienst- oder Werkvertrag übernommen ist (§ 675). Deshalb ist auch der Verwalter in gleicher Weise verpflichtet. Das B. G.B. (cf. Mot. Bd. II zu §§ 585, 586 Entw. I S. 529) kennt nicht einen besonderen Verwaltungsvertrag.

Das Rechtsverhältniß zwischen Geschäftsherrn und Verwalter beruht vielmehr auf einem gewöhnlichen Auftragsvertrage oder einem Dienstvertrage oder einem gemischten Vertrage. Eine ähnliche Stellung

---

[71]) Vergl. Wanjeck, Preußisches und Deutsches Civilrecht S. 177, 207.

[72]) Bd. 3 S. 333, 18 S. 281. — Die Entsch. Bd. 10 S. 213 ff. spricht nicht dagegen, weil das Reichsger. hier das Vorhandensein einer communio incidens verneint. — Vergl. Rehbein a. a. O. Bd. 2 S. 625 Anm. Abs. 3 und Bd. 3 S. 233 Anm. Abs. 2, 234 Anm., 236, 263 Anm., 264 (326), 308 Anm. S. 775 Anm.

[73]) Vergl. Staub zu Art. 97 H.G.B. § 5, 1b.

wie der Beauftragte hat der Pfandgläubiger bei der Abrechnung im Falle des § 1214 (cf. Mot. III S. 808, § 1216). Als Beauftragter ist auch der Testamentsvollstrecker zu behandeln (§ 2218, Mot. Bd. V S. 244, Denkschrift S. 424). Dieselbe Pflicht besteht bei der Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 681), wobei im Gegensatze zum § 761 des ersten Entwurfs [74]) derjenige, welcher ein fremdes Geschäft mit dem Bewußtsein, nicht dazu berechtigt zu sein, als sein eigenes behandelt, als negotiorum gestor zu erachten ist (§ 687 Abs. 2).

Der erste Entwurf (Motive Bd. II S. 856, 870) hatte diesen Fall nicht für eine Geschäftsführung ohne Auftrag gehalten, weil zur Annahme einer negotiorum gestio weder das bloße Bewußtsein, ein fremdes Geschäft zu besorgen, noch der sich daraus ergebende innere Wille, solches zu thun, genüge, vielmehr der ernste Wille, ein fremdes Geschäft als fremdes zu besorgen, und eine, wenn auch nur aus den Umständen sich ergebende Offenbarung dieses Willens hinzutreten müsse.

Daraus nun, daß im § 687 der in Rede stehende Fall trotzdem als negotiorum gestio behandelt ist, wird man schließen müssen, daß der vorerwähnte Standpunkt verlassen und die angegebene Willensrichtung nicht entscheidend ist.

Ist es hiernach an sich unzweifelhaft, daß in jedem Falle der Gesellschafter oder Theilhaber einer Gemeinschaft, mag diese auf Vertrag oder Zufall beruhen, sowie der Miteigenthümer rechenschaftspflichtig ist, wenn er ohne einen entsprechenden Auftrag für die gemeinschaftlichen Interessen thätig ist,[75]) so wird man dies gemäß dem im § 687 Abs. 2 zum Ausdruck gekommenen Prinzipe auch dann annehmen müssen, wenn ein Gesellschafter oder Theilhaber im eigenen Interesse gemeinschaftliche Mittel verwendet oder ein in den gemeinschaftlichen Geschäftskreis fallendes Rechtsgeschäft für sich und in seinem Namen abgeschlossen hat,[76]) wie auch sonst die Rechenschaftspflicht dadurch nicht ausgeschlossen wird, daß eine untrennbare Verbindung zwischen einem fremden und eigenen Geschäfte vorhanden ist (Mot. II S. 608 Abs. 2). Wenn in den Motiven zum ersten Entwurf Bd. II S. 868 zu § 759, in dem ausgesprochen ist, daß Geschäftsbesorgung auch dann vorliege, sobald der Geschäftsführer durch ein eigenes

[74]) Denkschrift S. 69.

[75]) Vergl. Haidlen S. 801 zu § 713. — Wanjeck a. a. O. S. 214.

[76]) Vergl. Haidlen S. 768.

Interesse bestimmt sei, welche Vorschrift die Kommission als selbstverständlich im zweiten Entwurfe gestrichen hat,[77]) in den letzterwähnten Fällen die Anwendung der Bestimmungen über negotiorum gestio für unzulässig erklärt und zur Begründung dieser Ansicht auf § 259 I 13 A. L.R. verwiesen wird, so entkräftet dies nach den obigen Ausführungen nicht die vorstehende Annahme.

Auch dürften, nachdem Satz 2 § 766 Entw. I, wonach ein Theilhaber bei Berichtigung der Lasten und Kosten durch einen anderen Theilhaber diesem Ersatz leisten mußte, gestrichen ist, die Erwägungen in den Mot. Bd. II S. 876 ff. nicht mehr entscheidend sein, daß nämlich zwischen diesen Theilhabern nicht die Grundsätze von der Geschäftsführung ohne Auftrag Platz greifen sollten (§§ 747, 748, 756).

Was besonders die erbrechtlichen Verhältnisse betrifft, so meint Rocholl, daß die Rechenschaftspflicht des § 444 I 9 A. L.R. lediglich darauf beruht, daß der Benefizialerbe für die Nachlaßgläubiger den Nachlaß verwaltet und nutzt. Dieser Ansicht steht die von Koch[78]) gegenüber, daß der Erbe selbst Prinzipal ist und es die Gläubiger nur insofern sind, als er ihnen in seinem eigenen Interesse Rechnung legen will; denn insofern er dies nicht will oder kann, muß er sie aus seinen Mitteln bezahlen.[79])

Letzteres ist auch die Ansicht des Reichsgerichts. Es ist anzunehmen, daß der Erbe nicht nur für die Gläubiger verwaltet, sondern gleichzeitig und nothwendigerweise auch für sich selbst.[80]) Das Reskript vom 16. März 1835, dessen Ansicht sich das Obertribunal in dem Erkenntnisse vom 26. Juni 1841 angeschlossen hat, spricht sich ebenfalls dahin aus, daß der Benefizialerbe außerhalb des erbschaftlichen Liquidationsverfahrens und so lange die Nachlaßgläubiger nicht Rechenschaft fordern, nicht als Verwalter fremder Güter anzusehen ist, vielmehr als solcher, welcher in eigenem Interesse handelt.

In den Motiven Bd. V S. 626 ist zwar auch gesagt, daß in der Verfügung der Erben über den Nachlaß gegenüber den Nachlaßgläubigern eine Verfügung über eigenes Gut, welche nur in einer gewissen Richtung obligatorisch beschränkt werden muß, liegt, aber anderer-

[77]) Greiff a. a. O. S. 531.

[78]) Recht der Forderungen Bd. 2 S. 700.

[79]) Str. Arch. Bd. 44 S. 206. — Gruchot Bd. 34 S. 939, 37 S. 413.

[80]) Gruchot Bd. 30 S. 276, 285 ff. — Rehbein a. a. O. Bd. 2 S. 920

seits wird daselbst der Nachlaß dem Erben gegenüber in gewissem Sinne als fremdes Gut bezeichnet, welches materiell zunächst den Nachlaßgläubigern gebührt und das er zu eigenem Rechte für fremde Rechnung hat. Dementsprechend ist er nach der Denkschrift S. 387 wie der Verwalter eines fremden Vermögens verantwortlich gemacht (§ 1978). Auch im Verhältniß des ausschlagenden zum wirklichen Erben ist Ersterer, wenn er auch formell als Erbe thätig geworden ist, als Geschäftsführer behandelt (§ 1959 Mot. Bd. V S. 536, Denkschrift S. 382). Und die Rechenschaftspflicht des Vorerben beruht (abweichend vom Entw. I) auf dessen Verwaltungs**pflicht** (§ 2130, Denkschrift S. 417 — vergl. Mot. Bd. V S. 93, 102).

In allen vorerwähnten Rechtsverhältnissen tritt als Grund der Pflicht zur Rechnungslegung, entsprechend der oben bereits angegebenen allgemeinen Annahme, die sonstige Unmöglichkeit der Feststellung der zur Rechtsverfolgung erforderlichen Thatsachen [81]) hervor.

Somit wird durch die Rechnungslegung der in der Billigkeit liegende Grundsatz, dem Gläubiger die Verfolgung seines Rechts möglichst zu erleichtern und ihn vor Unredlichkeit zu schützen, verwirklicht, wie derselbe in § 89 Einleitung zum A. L.R. dahin ausgesprochen ist: „Wem die Gesetze ein Recht geben, dem bewilligen sie auch die Mittel, ohne welche dasselbe nicht ausgeübt werden kann," welcher in das B. G.B. nur deshalb nicht aufgenommen ist, weil sein Inhalt selbstverständlich und es nicht erforderlich erschien, den bezeichneten Grundsatz noch **hervorzuheben** (Mot. I S. 273). Erwägt man nun, daß es sich bei den bisherigen Erörterungen lediglich um Rechtsverhältnisse gehandelt hat, in denen der Anspruch auf Rechenschaftsablage ausdrücklich vom Gesetze zugesprochen ist, bezw. um solche, welche diesen im Wege der Analogie [82]) gleich gestellt werden konnten, so entsteht nunmehr die Frage, ob auch außerhalb eines Vertrags-

[81]) **Bähr** a. a. O. S. 254ff. (Anerkennung S. 246). — **Wengler** und **Brachmann**, Kommentar zum Sächs. Civilgesetzb. § 1393 Anm. 3. — **Goldschmidt**, Zeitschr. für Handelsr. Bd. 7 S. 458, 15 S. 226. — O.H.G. Bd. 22 S. 342. — Entsch. des Reichsger. Bd. 20 S. 269. — In der Bestimmung des § 114 I 11 A. L.R. hat man eine Strafe für den Verzug und in der des § 222 I 7 eine Folge des Wankelmuths finden wollen.

[82]) Deren Zulässigkeit besteht auch für das B. G.B. § 1 Entw. I ist als selbstverständlich gestrichen (vergl. **Riedel**, Das B. G.B. in Vergleichung mit dem Preuß. Rechte S. 18).

verhältnisses lediglich auf Grund des im vorerwähnten § 89 ausgesprochenen Prinzips der Anspruch auf Rechenschaftsablage zugelassen werden kann.

Bei den verwandten Ansprüchen auf Vorweisung einer Sache,[83]) Herausgabe einer Urkunde,[84]) Ertheilung einer Auskunft,[85]) sowie bezüglich der Anzeige- und Inventarisationspflicht[86]) ist die Unmöglichkeit der sonstigen Rechtsverfolgung als genügender Grund, und zwar auch im B. G.B.[87]) anerkannt worden. In den Motiven zu § 774 Entw. I (Bd. II S. 889 ff.) heißt es, daß die Vorzeigung zur Verwirklichung des Anspruchs mehr oder weniger unentbehrlich sei; daß die Gewährung der actio ad exhibendum den Geboten der Rechtsordnung entspreche und sie insbesondere durch Billigkeitsrücksichten geboten sei, und daselbst Bd. V S. 409, daß die Verwirklichung des Pflichttheilsanspruchs in vielen Fällen kaum ausführbar sein würde, wenn nicht dem Erben eine Auskunftspflicht über den Bestand des Nachlasses auferlegt würde.

Für die Nothwendigkeit der Einführung der Rechenschaftsablage im B. G.B. aus obigen Gründen ist Hartmann[88]) bei Besprechung des § 777 des Entwurfs I in sehr zutreffender Weise eingetreten. Er erwähnt besonders die Fälle der Herausgabe von Nutzungen aus einem widerrechtlich angeeigneten Vermögensgegenstande, weil es dem Vindikaten sonst kaum möglich sei, das Roherträgniß festzustellen; sodann solche aus dem Urheber- oder Patentrechte, wobei für den Gegner des Abtretungspflichtigen die Begründung der Interessenforderung in dem Grade erschwert sei, daß er ohne Rechnungslegung so ziemlich rechtlos erscheinen würde.

Dieser Ansicht entspricht die Ausführung in den Motiven Bd. V S. 746 zu § 1503 Entw. I, daß bei Versagung der Rechenschaftspflicht durch Arglist und Gewissenlosigkeit gerechte Ansprüche verloren gehen

---

[83]) Eccius in Holtzendorff, Encyklop. Artikel: Exhibitionspflicht unter Hinweis auf § 89 l. c. — Demelius, Die Exhibitionspflicht S. 85 ff.

[84]) Roenne, Ergänzung. zur A.G.O. (1865) S. 242. — Eccius a. a. O.

[85]) Entsch. des Reichsger. Bd. 14 S. 208. — Monroy a. a. O. S. 166. — Schweppe a. a. O. S. 166.

[86]) Rocholl a. a. O. S. 255. — Entsch. des Reichsger. Bd. 22 S. 232 (24 S. 194). — Klewitz a. a. O. S. 9.

[87]) Greiff a. a. O. S. 531.

[88]) Gutachten aus dem Anwaltstande z. Entw. des B. G.B. S. 352—358.

könnten, und Bd. V S. 244, daß die Erlassung der Rechnungslegung den Erben völlig in die Hände des Testamentsvollstreckers geben würde!

Koch[89]) will deshalb für das preußische Recht im Falle des § 71 I 17 A.L.R. dem Gläubiger eines Theilhabers einer zufälligen Gemeinschaft diesen Anspruch gewähren, damit derselbe den auf den schuldnerischen Theilhaber entfallenden Theil der Nutzungen abfordern kann. Und wenn Rehbein[90]) bei Wiedergabe der abweisenden Gründe des Reichsgerichts zu der Entscheidung Bd. 10 S. 210 fragt: ob der Anspruch nicht anderweit zu rechtfertigen? und dabei auf § 89 a. a. O. verweist, so muß man wohl annehmen, daß auch er auf Grund des in Rede stehenden Rechtssatzes den Anspruch auf Rechenschaftsablage für zulässig erachtet. In der Entsch. Bd. 30 S. 298 hat das Reichsgericht die Nothlage der Freikuxberechtigten ausdrücklich als zwingenden Grund anerkannt.

In der Regel wird in Fällen dieser Art lediglich die dem Rechnungssteller etwa erwachsende Unbequemlichkeit dem Rechtsverluste der anderen Seite gegenüberstehen.[91]) Der Rechtsschutz erfordert somit dies Mittel, um die Rechtsverfolgung unter Umständen zu ermöglichen.[92]) Natürlich würde dadurch nicht, wie dies bereits gesagt ist, ein Recht für und gegen Jedermann begründet, um sich auf diese Weise das Material zur Rechtsverfolgung gegen eine dritte Person zu verschaffen. Der Anspruch könnte unter der in Rede stehenden Voraussetzung immer nur gegen denjenigen erhoben werden, der durch eine von ihm zu vertretende Handlung in die Rechtssphäre des Andern eingegriffen hat, wobei die einzuhaltende Grenze durch das richterliche Ermessen bestimmt werden würde, namentlich so weit etwaige Geschäftsgeheimnisse oder Beziehungen zu dritten Personen berührt werden

---

[89]) Kommentar Anm. 58.

[90]) Entsch. des Obertribunals Bd. 2 S. 620 Anm.

[91]) O.H.G. Bd. 3 S. 48.

[92]) Bähr, (Verpflichtung zur Rechnungslegung) S. 254 Anm. ꝛc. S. 246. — Keyßner (Holtzendorff) S. 268. — Goldschmidt, Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 7 S. 458. — Dernburg (Kompensation) S. 491. — Monroy a. a. O. S. 164 ff. — Koch zu § 89 Einl. A.L.R. — Johow, Jahrb. für d. Entsch. d. Kammerger. Bd. 8 S. 49 und Bd. 1 S. 29, 2 S. 48. — O.T.B. Bd. 7 S. 281, 283. — Entsch. d. Reichsger. Bd. 15 S. 47 und 20 S. 316, 28 S. 363.

sollten, bezüglich deren Offenbarung wiederum der Rechnungspflichtige möglichst geschützt werden müßte.

Im B. G.B. ist hierüber jedoch durch Aufnahme einer ausdrücklichen Vorschrift nichts bestimmt worden. Hieraus und aus dem Umstande, daß, wie z. B. im Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuche, der Kreis der Rechenschaftspflichtigen nicht durch eine allgemeine Regel festgestellt, auch hinsichtlich der Gestaltung des in Rede stehenden Rechts bei Herausgabe einer Sache mit den Früchten nichts angeordnet, insbesondere dem Erbschaftsbesitzer gegenüber dem Erben ausdrücklich nur die Pflicht zur Auskunftsertheilung auferlegt ist (§§ 2019ff., 2027), wird man sogar auf eine einschränkende Tendenz schließen müssen.

Vielleicht vermindert sich auch in Zukunft nach dem Inkrafttreten des B. G.B. das Bedürfniß der Erweiterung der Rechenschaftspflicht aus dem bezeichneten Grunde mit Rücksicht auf das Prinzip, welches man aus den Bestimmungen über die Ausgleichung der Ansprüche bei Auseinandersetzung zwischen Eigenthümer und Besitzer, bei ungerechtfertigter Bereicherung und bei Geltendmachung eines aus unerlaubter Handlung erwachsenen Schadens entnehmen kann. In ersterer Beziehung bestimmt § 994 (vergl. §§ 818 Abs. 4, 850), daß sich die Ersatzpflicht des Eigenthümers für Verwendungen des Besitzers nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag regle. Zunächst soll durch letztere Vorschrift allerdings wohl nur der Umfang der Ersatzansprüche des Verpflichteten festgestellt werden. Aber wenn das B. G.B. nach dieser einen Richtung hin die rechtliche Stellung des Verpflichteten nach Art des Geschäftsführers behandelt, so wird man hieraus schließen können, daß es das ganze Rechtsverhältniß zum Berechtigten, wie das zwischen Geschäftsherrn und Geschäftsführer ansieht (vergl. Mot. Bd. II S. 55),[93]) somit der entgegengesetzte Standpunkt des ersten Entwurfs, wie er in den Motiven Bd. III S. 405, 395 zum Ausdruck gekommen ist, verlassen ist, eine Annahme, die sich schon aus der Aenderung im § 687 Abs. 2 gegenüber dem § 761 Abs. 1 Nr. 2 im Entw. I ergiebt (vergl. Denkschrift S. 201, 79).

[93]) Hier heißt es, daß der Beklagte vom Streitbeginne an sich als Verwalter fremden Gutes zu betrachten habe. Es wird ihm eine bestimmte Verwaltungspflicht auferlegt; dieser Verpflichtung korrespondirt seine Rechtsstellung wegen der vom Streitbeginne an auf den Gegenstand gemachten Verwendungen. — cf. Haiblen S. 409 und 411 zu § 347.

Es würde also dasselbe gelten, was oben (S. 24) über § 59 I 17 A. L.R. gesagt ist.[94])

Kommt es also in den Fällen der §§ 987 ff., 990 zu einer Auseinandersetzung, so wäre hiernach der Eigenthümer nicht auf die Ansprüche aus § 987 Abs. 2 beschränkt und würde er unter Umständen auch Rechenschaftsablage beanspruchen können.

Diese Erwägungen würden ebenfalls gegenüber den §§ 2018, 2019, 2020, 2022, 2023 und 2024 hinsichtlich des Erbschaftsbesitzers Platz greifen können, wobei allerdings die Bestimmung im § 260 in's Gewicht fallen würde, welche übrigens getroffen ist, um den Erben den Nachweis zu ermöglichen, in welchem Umfange der Andere Nachlaßgegenstände an sich genommen hat (Denkschrift S. 398).[95])

Erwägungen dieser Art würden in gleicher Weise gegenüber den Bestimmungen der §§ 812, 818 bei ungerechtfertigter Bereicherung in Frage kommen, wie sich aus § 292[96]) in Verbindung mit §§ 987 bis 990, 994 ergiebt, welche die im Abs. 4 § 818 angezogenen allgemeinen Vorschriften enthalten.

Dasselbe Prinzip würde sich, wenn vorstehende Annahme zutrifft, aus § 850 bei den durch unerlaubte Handlungen hervorgerufenen Rechtsverhältnissen ergeben, wonach ebenfalls § 994 maßgebend ist, und unter Umständen auch gegenüber dem Inhaber (Mot. Bd. III S. 403), dem Finder (Mot. Bd. III S. 376, 378, 380), dem Vermächtnißnehmer (Mot. Bd. V S. 200, § 2185) und dem Nießbraucher (Mot. Bd. 3 III S. 497, 523, 524, 808 — § 1049).[97])

Es entspricht dies der Bestimmung im § 687 Abs. 2, woselbst ausdrücklich in durch unerlaubte Handlung entstandenen Rechtsverhältnissen die Geltendmachung der Rechte aus Geschäftsführung ohne Auftrag zugelassen ist, indem daselbst dem Berechtigten ein Wahlrecht eingeräumt ist zwischen dieser Geltendmachung oder der Forderung von Schadensersatz auf Grund der unerlaubten Handlung.[98])

---

[94]) Vergl. §§ 450 Abs. 1 und 2; 1214 und 1216; 1978 Abs. 1 und 3; 2124, 2125 und 2130 Abs. 2; 601 Abs. 2. Haidlen S. 520 zu § 450, S. 364 zu § 304, S. 614 zu § 547 Abs. 2. Mot. Bd. II S. 325. — Nach dem Kommiss. Prot. ist durch § 450 die Verpflichtung zur Rechenschaftsablegung begründet.

[95]) Vergl. Mot. Bd. V S. 576, 585.

[96]) Vergl. Haidlen S. 356 zu § 292.

[97]) Vergl. bezüglich des Agenten Denkschr. z. Entw. d. H.G.B. S. 243, 247.

[98]) Achilles, Fischer und Henle zu § 687.

Durch dieses Wahlrecht soll übrigens dem Berechtigten offenbar die Möglichkeit gegeben werden, seine Ansprüche im weitesten Umfange zur Geltung zu bringen. Es würde die Rechenschaftsablage also in Fällen in Rede stehender Art dazu dienen können, sich die zu vergleichenden Faktoren zu verschaffen, um danach diejenige Gerechtsame zu wählen, welche den günstigsten Erfolg verspricht,[99]) worin sich wiederum in gewisser Weise der informatorische Zweck der Rechenschaftsablage zeigt.

Hiernach gelangt man zu dem Resultate, daß eine Rechenschaftspflicht nicht nur in den Fällen besteht, in denen das Gesetz dies ausdrücklich angeordnet hat,[100]) sondern auch in denjenigen, welche denselben rechtlichen Gesichtspunkten unterliegen, also überall wenn und soweit Jemand mit oder ohne Absicht für einen Andern Geschäfte besorgt hat, zu welchen Fällen auch diejenigen gehören, wenn Jemand eine Sache mit Früchten herausgeben muß oder aus ungerechtfertigter Bereicherung oder auf Grund unerlaubter Handlung in Anspruch genommen wird und es die Sachlage nach richterlichem Ermessen erfordert.

Soweit diese Grundsätze nicht anerkannt werden, müßten die §§ 260, 231 C.P.O. aushelfen, welche nach Pfizer (Anti-Seuffert S. 383ff.) überhaupt genügen sollen, weil es sich bei der Klage auf Rechnungslegung lediglich um eine prozeßrechtliche Thätigkeit und nicht um eine civilrechtliche Leistung handle und die positive bezw. negative Feststellungsklage sowie im übrigen der Schätzungseid ausreichten.

Die vorstehenden Auseinandersetzungen über Inhalt, Zweck, Umfang und Grund der Rechenschaftspflicht dürften nun die Gesichtspunkte erschöpfen, welche im etwaigen Zweifelsfalle in Frage kommen könnten. Sie ergeben ferner auch den Maßstab für die Erfordernisse der Form, in welcher derselben Genüge geleistet werden muß.

Das A. L.R. will nach § 133ff. I 14 Rechnung in der Weise gelegt wissen, daß der Verwalter, möglichst unter Vorlegung der von ihm geführten Bücher und der erforderlichen Belege, in übersichtlicher

---

[99]) cf. O.T.B. Rechtsfälle Bd. 2 S. 202. — Bornemann (System. Darstellung des Preuß. Civilr.) Bd. 3 S. 34. — Entsch. des Reichsger. Bd. 33 S. 261.

[100]) Vergl. Weiske a. a. O. Bd. 9 S. 132.

Weise im Einzelnen darthut, welche Handlungen er behufs Ausführung des ihm gegebenen Auftrags vorgenommen hat, und zwar derart, daß der Geschäftsherr diese sowie die Einnahmen und Ausgaben prüfen kann.

Man hält die Anwendung dieser Vorschrift auf Mandatsverhältnisse für ausgeschlossen. Von Vertretern dieser Ansicht ist ein Argument daraus entnommen, daß nur bei der Rechnungslegung von der Beibringung von Belegen die Rede sei, demnach darunter die Rechenschaftsablage mit Belegen zu verstehen sei, und von ordnungsmäßiger Rechnungslegung somit nur gesprochen werden könne, wenn Belege vorgelegt würden.[101])

Man wird dies aber nicht für richtig halten können, weil die Bestimmung über die Beifügung von Belegen überhaupt nicht ein besonderes Unterscheidungsmerkmal enthält.[102])

Dies ergiebt sich für das Preußische Recht aus § 220 I 17 A.L.R., wonach, wenn die Beibringung eines eigentlichen Belags oder andern Beweises mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden ist, die blos an Eidesstatt geschehene Angabe oder die eidliche Bestärkung des Rechnungslegers nach richterlichem Ermessen die Stelle des Belags oder weiteren Nachweises vertreten kann. (Gemäß den Bestimmungen der C.P.O. entscheidet jetzt die freie Ueberzeugung des Richters, ohne daß es noch derartiger Bestärkungsmittel bedarf.)

Also, trotzdem Belege fehlen, bleibt es doch bei der „Rechnungslegung“!

Ob aus dem Fehlen von Belegen dem Rechnungsführer unter Umständen Nachtheile erwachsen können (cf. §§ 137, 138 I 14 A.L.R.), muß hinsichtlich der hier in Rede stehenden Frage unerheblich erscheinen.

Endlich kann auch nicht gesagt werden, daß nur in den Fällen, in denen Belege erwähnt werden, solche gefordert werden dürfen, d. h. also, daß ein Unterschied zwischen „Rechnungslegung“ und „Rechenschaftsablage“ sich darin zeige, daß nur in ersterem Falle die Beifügung von Belegen eine Pflicht des Rechnungsführers sei.[103])

---

[101]) Vergl. Jur. Wochenschr. 1896 S. 291 Nr. 54.

[102]) Seuffert, Arch. Bd. 22 Nr. 135, 136, 137, 26 Nr. 214 I u. II, 37 S. 286. Strieth, Arch. Bd. 23 S. 67, 38 S. 225. O.H.G. Bd. 22 S. 4. — Bähr, Verpflichtung zur Rechnungslegung S. 273. Hesse a. a. O. S. 144.

[103]) cf. Entsch. d. Reichsger. Bd. 21 S. 80. — Staub zu Art. 361 H.G.B. S. 89 § 12ff.

Wie bereits hervorgehoben ist, gehört die Beifügung von Belegen nicht zu den absoluten Erfordernissen einer Rechnung im technischen Sinne. Die Belege dienen vielmehr nur zur Rechtfertigung des Rechnungsstellers. Diese Rechtfertigung liegt dem Verpflichteten aber natürlich unter allen Umständen in Erfüllung seiner civilrechtlichen Verpflichtungen ob, also auch in den Fällen, in denen das Gesetz von „Rechenschaftsablage" spricht.

Somit kommt man zu dem Resultate, daß es lediglich von der Sachlage im konkreten Falle abhängt, ob deren Beifügung nothwendig ist und deshalb gefordert werden kann, daß es dagegen unerheblich erscheinen muß, welcher Rechtsgrund gerade in Frage steht.[104])

Rehbein sagt dagegen, daß in jedem einzelnen Falle beim Mandate zu prüfen ist, was zur „Rechenschaft" erforderlich, in welcher Art die in der Rechenschaft enthaltene Auskunftsertheilung zu geschehen hat, ob dazu namentlich förmliche Rechnungslegung erforderlich ist.[105]) Wenn er dann aber als absolutes Erforderniß einer Rechnung hinstellt, daß sie verständlich, keine bloße Zusammenstellung von Einnahmen und Ausgaben, deren Grund und Zweck nicht ersichtlich; daß zu ersehen, was, wofür, von wem, an wen bezahlt bezw. empfangen, ohne die Beifügung von Belegen für ein solches Erforderniß zu erachten,[106]) welche übrigens seiner Ansicht nach im gegebenen Falle auch bei der „Rechenschaft" soll verlangt werden dürfen, so muß man sagen, daß dies in gleicher Weise für die „Rechenschaftsablage" gilt.[107])

Dies ist auch als Standpunkt des B.G.B. anzunehmen. Es bestimmt zwar § 259, daß, wer über eine mit Einnahmen und Ausgaben verbundene Vermögensverwaltung Rechenschaft abzulegen hat, eine die geordnete Zusammenstellung der Einnahmen oder Ausgaben enthaltene Rechnung mitzutheilen und, soweit Belege ertheilt zu werden pflegen, Belege vorzulegen hat.

---

[104]) cf. Mot. Bd. II S. 538 und IV S. 1158.

[105]) Aehnlich bemerkt Eccius Bd. 2 S. 329 ... Wie diese Rechenschaft zu legen, ergiebt sich aus der Natur des Geschäfts. Rechenschaft geben und Rechnung legen sind nicht gleichbedeutende Begriffe; nicht überall ist letzteres geboten oder nöthig, um dem Machtgeber eine klare und sichere Einsicht in die Lage der Sache und den Erfolg der Geschäfte zu verschaffen. So weit es möglich, sind auch Beläge beizubringen.

[106]) cf. O.H.G. Bd. 7 S. 92. — Jur. Wochenschr. 1891 S. 24 Nr. 59.

[107]) Jur. Wochenschr. 1894 S. 440 Nr. 63.

Durch letztere Anordnung sollte aber nur eine Ausnahme von der grundsätzlichen Verpflichtung des Beauftragten, Belege beizubringen, festgestellt werden.[108]) Und was die sonstigen Bestimmungen des § 259 über die Art der Rechenschaftsablage betrifft, so braucht man nicht zu folgern, daß die angegebene Form auf die bezeichnete Vermögensverwaltung beschränkt ist. Vielmehr kann man daraus entnehmen, daß in Fällen letzterer Art ohne Weiteres auf Verlangen dieser Form genügt werden muß, während sonst der Berechtigte gegenüber der ihm gelegten Rechenschaft besondere Gründe wird nachweisen müssen, wenn er obige Form beobachtet wissen will.[109])

Somit wird in Betreff der Form sowohl bei der Rechenschaftsablage als bei der Rechnungslegung, soweit nicht die vorstehende Gesetzesvorschrift entgegen steht, als nothwendig nur gefordert werden können, daß sie derart geschieht, daß dadurch dem Rechnungsherrn der Nachweis erbracht wird, dessen er zu dem Zwecke, zu welchem er den Anspruch erhebt, bedarf,[110]) welcher in der Regel eine derartige Substantiirung, wie sie Rehbein nach der Ansicht des Obertribunals angegeben hat, nöthig machen wird.[111])

Die Entscheidung hierüber ist im Streitfalle dem richterlichen Ermessen überlassen (cf. § 220 I 17 A.L.R.). Die äußerste Grenze für den Rechnungssteller ist, daß er selbst nicht weitere Aufklärung geben kann,[112]) wobei es unerheblich ist, ob er mit oder ohne sein Verschulden hierzu außer Stande ist.

Diese Grenze muß durch den von ihm zu leistenden Offenbarungseid, über den unten ausführlicher gesprochen werden soll, festgestellt werden.

Als eine für alle Fälle gültige Norm wird man aber ansehen können, daß der Rechnungsherr, da er dauernd in der Lage sein muß,

---

[108]) Mot. Bd. II S. 538. — Ritgen, Der Entw. d. B.G.B. in zweiter Lesung, Gruchot Bd. 39 S. 632. — Hinsichtlich der Belege war über den Zusatz „erforderlich“ oder „geschäftsüblich“ berathen worden.

[109]) Vergl. Motive Bd. II S. 537. — Dieser Ansicht scheint auch Wanjeck a. a. O. S. 174, 185 und 186 zu sein.

[110]) Seuffert, Arch. Bd. 10 Nr. 63, 15 Nr. 23.

[111]) cf. Rocholl a. a. O. S. 239 ff. — Jur. Wochenschr. 1896 S. 181 Nr. 55. — Gruchot Bd. 39 S. 959 ff.

[112]) Jur. Wochenschr. 1894 S. 440 Nr. 63 und S. 133 Nr. 65. Deutsche Juristen-Zeitung Bd. 1 S. 339 Nr. 67. — Rocholl S. 244.

sein Prüfungsrecht auszuüben und etwaigen künftigen Verdunkelungen vorzubeugen, sich nicht mit mündlichen Erklärungen zu begnügen braucht.[113])

Andererseits kann unter Umständen die Ueberlassung der Geschäftsbücher nebst Papieren und Dokumenten zur Einsichtnahme ausreichen.[114]) Das B. G.B. weicht hiervon nicht durch die Vorschrift des § 1841 Abs. 2 ab. Es liegt kein Anhalt dafür vor, daß dadurch eine Ausnahmebestimmung hat getroffen werden sollen.

Das Reichsgericht (Jur. Wochenschrift 1893 S. 302 Nr. 25) hat sich über das geltende Recht folgendermaßen geäußert: „. . . Streitig ist Form und Umfang der zu legenden Rechnung. In dieser Frage ist . . . darin beizutreten, daß die Preußischen Gesetze eingehende Bestimmungen über Art und Maß der Rechnungslegung nicht enthalten, daß diese vielmehr nach den konkreten Verhältnissen des einzelnen Falles richterlich festzusetzen sind. Aus dem A. L.R. (I 13 § 256, I 14 § 135ff.) und der A. G.O. (I 45 § 6) ist nur soviel zu entnehmen, daß die zu legende Rechnung aus einer Aufstellung der Einnahmen und Ausgaben besteht, zu deren Rechtfertigung nöthigenfalls die Belege, wenn auch nicht immer übergeben, so doch zur Einsicht verstattet oder dem Richter vorgelegt werden müssen. Wenn auch der Rechnungsnehmer hauptsächlich an der vollständigen Verrechnung der Einnahmen interessirt ist (vergl. § 56 Abs. 3 Vormd. Ord. v. 5. Juli 1875), die Anrechnung der Ausgaben mehr durch das Interesse des Rechnungslegers erfordert wird, so gehören doch auch diese zu einer vollständigen Rechnung, weil es deren Zweck ist, dem Rechnungsnehmer den Stoff zu der Prüfung zu verschaffen, ob und welcher Anspruch ihm gegen den Rechnungsleger zusteht. Aus diesem Zwecke folgt auch das weitere . . . Erforderniß, daß die Rechnung eine erschöpfende und genaue, verständliche und übersichtliche Darstellung der geführten Geschäfte gewähre. . .

Von näheren allgemeinen Vorschriften abgesehen, ist nach den Verhältnissen des einzelnen Falles zu prüfen, welche Art und welches

[113]) cf. Str. Arch. Bd. 64 S. 161.

[114]) O.H.G. Bd. 4 S. 407, 13 S. 401, 14 S. 89, 25 S. 345; O.T.B. Bd. 56 S. 289. (Nach Staub a. a. O. soll dies die Regel bilden.) — cf. Oesterr. Rechnungsprozeß, Allg. österr. Gerichtszeitung 1890 S. 61. — Gruchot Bd. 37 S. 1038.

Maß der Rechnungslegung für nothwendig und ausreichend zu erachten ist. . . Vorlegung der Handlungsbücher ersetzt nicht unbedingt die Rechnungslegung, . . . vielmehr ist es Sache des richterlichen Ermessens, zu entscheiden, ob im konkreten Fall Bilanz und Buchführung ausreichen, um die Rechnungslegung zu vertreten".

In der Juristischen Wochenschrift 1893 Nr. 189 S. 29 sagt das Reichsgericht ebenso: „Die Rechnungslegung gestaltet sich nach Lage des konkreten Falles verschieden. . . Jedenfalls ist der Nachweis der Einnahmen und Ausgaben das Mindeste, das sowohl überhaupt als auch nach Lage des gegenwärtigen Falles zur Rechnungslegung gehört". . .[115])

Was sodann die Frage betrifft, ob eine Einreichung der Rechnung in jedem Falle beansprucht werden kann, oder ob der Verpflichtete dieselbe nur vorzulegen braucht,[116]) so wird man nach der Vorschrift im § 259 B.G.B., daß die Rechnung dem Prinzipal mitzutheilen ist, Ersteres bejahen müssen, zumal es von den Belegen heißt, daß sie vorzulegen sind, und die Kommission über deren Aushändigung im Gesetze nichts entscheiden wollte.[117]) Nach § 294 muß jede Leistung dem Gläubiger auch so, wie sie zu bewirken ist, thatsächlich angeboten werden.

Entsprechend dem § 160 I 14 A.L.R. wird man für die Regel die Aushändigung der Belege erst nach stattgehabter Quittungsleistung fordern dürfen, da dem Rechnungsführer die Sicherheit gegen Verlust und Fälschung unter allen Umständen gewahrt bleiben muß,[118]) was auch in den Fällen der Rechenschaftsablage durch Vorlage der Handlungsbücher gilt, in denen der Rechnungsführer Maßregeln wegen der Aufbewahrung und der Verhütung von Fälschungen veranlassen kann. Natürlich muß diese Vorlegung dann in der Weise stattfinden, daß der Rechnungsherr die Echtheit genügend prüfen kann und sie der Vorschrift des § 242 genügen, wonach die Leistung so zu bewirken

[115]) cf. Gruchot Bd. 37 S. 1040, Bd. 39 S. 147.

[116]) Strieth. Arch. Bd. 10 S. 41. — Jur. Wochenschr. 1891 S. 24 Nr. 59.

[117]) Ritgen a. a. O. S. 632.

[118]) Gönner, Handb. d. deutsch. gem. Proz. Bd. 4 S. 120. — Eccius Bd. 2 S. 349 Anm. 27. — Bähr, Verpflicht. zur Rechnungsl. S. 262 ff. — cf. A.G.O. I 45 §§ 6, 14 (I 22 § 32). — Vergl. bezüglich der etwaigen Aufbewahrungspflicht Entsch. d. Reichsger. Bd. 21 S. 80. — Gruchot Bd. 24 S. 1004.

ist, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Obige Ansicht wird unterstützt durch die Bestimmung im § 1841, daß die dem Vormundschaftsgerichte einzureichende Rechnung mit Belegen versehen sein soll. Hiernach müssen diese der Behörde ausgeantwortet werden und ist deren Vorlegung also für diesen Fall nicht ausreichend.[119])

Nach der Art, wie die Rechenschaftsablage im einzelnen Falle zu erfolgen hat, richtet es sich ferner, wo sie gefordert werden kann. Im Allgemeinen hängt dies von dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse ab, denn da die Rechenschaftsablage zur Erfüllung der Obliegenheiten des Rechnungsstellers gehört,[120]) wird er seiner in Rede stehenden Verpflichtung an dem Ort genügen müssen, der im übrigen Erfüllungsort für das betreffende Rechtsgeschäft ist (vergl. § 269).

Besteht die Rechenschaftsablage in der Vorlage von Geschäftsbüchern, Korrespondenzen oder anderen Urkunden, so kann diese zunächst nur da gefordert werden, wo sich dieselben in Folge des Geschäftsbetriebes befinden, d. h. in der Regel im Geschäftslokale,[121]) wenn dieses geeignet ist, um mit der nöthigen Ruhe die Prüfung vornehmen zu können. Anderenfalls oder auch sonst unter besonderen Umständen muß von dem Richter ein dritter Ort bestimmt werden, wobei dann zugleich, und zwar auf Kosten des Rechnungsherrn, ein Hüter zu bestellen ist.[122])

Der oben erwähnte Umstand, daß die Rechenschaftsablage zur Erfüllung der Obliegenheiten des Rechnungsstellers nach Maßgabe des jeweiligen in Frage stehenden Rechtsverhältnisses gehört, ist auch nach anderer Richtung von Bedeutung. Zunächst kommt hinsichtlich der Verjährung,[123]) da die Rechenschaftsablage einen Theil des sich aus diesem Rechtsverhältnisse ergebenden Anspruchs bildet, andererseits der Anspruch auf Rechenschaftsablage in gewisser Abhängigkeit von der

[119]) Vergl. Mot. Bd. IV S. 1161. — Jur. Wochenschr. 1896 S. 291 Nr. 54.

[120]) Denkschrift S. 69. — Jur. Wochenschr. 1896 S. 291 Nr. 52, 53.

[121]) Gruchot Bd. 39 S. 961.

[122]) Strieth. Arch. Bd. 10 S. 41. — Busch Arch. Bd. 43 S. 349. — Seuffert Bd. 15 Nr. 124. — Entsch. d. Reichsger. Bd. 33 S. 130. — vergl. §§ 269, 811 B.G.B.

[123]) Bezüglich des Anspruchs auf Leistung des Offenbarungseides vergl. Haidlen B.G.B. zu § 260.

Hauptforderung steht, beide sich gewissermaßen zu einander wie Haupt- und Nebenleistung verhalten, § 224 in Betracht, wonach diese Nebenleistung mit dem Hauptanspruche verjährt, selbst wenn die für dieselbe geltende besondere Verjährung, wie eine solche übrigens hinsichtlich des Anspruchs auf Rechenschaftsablage nicht vorgeschrieben ist, noch nicht vollendet ist (vergl. § 198), was auch von dem Anspruche auf Leistung des Offenbarungseides gilt.[124])

Aus dieser Unselbständigkeit des Anspruchs auf Rechenschaftsablage und seiner accessorischen Natur folgt ferner, daß er ohne den Hauptanspruch nicht abgetreten werden kann.[125]) Das Reichsgericht hat in seiner Entscheidung Bd. 3 S. 333 sogar eine ausdrückliche hierauf gerichtete Willenserklärung verlangt,[126]) was jedoch nach einer anderen Entscheidung desselben (Jur. Wochenschr. 1896 S. 448 Nr. 50), nicht für alle Fälle gelten, vielmehr von der jedesmaligen Sachlage abhängen soll, und nach dem B.G.B. bei analoger Anwendung des § 401 nicht erforderlich erscheint.[126a]) Jedenfalls ist die Uebertragbarkeit nicht ausgeschlossen (§§ 399, 413), letzteres gilt nur nicht, und zwar wegen der in Frage kommenden persönlichen Rücksichten, bei Gesellschafts- und diesen ähnlichen Verhältnissen (§ 717, Denkschrift S. 83 und 131, Mot. Bd. II S. 124, 614 — Art. 98 H.G.B. ist in dem neuen H.G.B. gestrichen — vergl. Denkschrift dazu S. 262).[127])

Dies spricht aber nicht gegen die aktive und passive Vererblichkeit.[128])

Handelt es sich in einem solchen Falle oder auch in sonstigen Rechtsverhältnissen um eine Mehrheit von Personen auf der einen oder anderen Seite, so sind für die Entscheidung der Frage, ob Jeder für

---

[124]) Vergl. Haidlen S. 323 zu § 260. Klewitz a. a. O. S. 44 ff.

[125]) Vergl. Klewitz a. a. O. S. 38. Haidlen S. 308 Abs. 6, S. 455 zu § 399.

[126]) Vergl. Förster zu § 754 C.P.O. Anm. 2b Abs. 2.

[126a]) Vergl. Haidlen S. 456 zu § 401.

[127]) Vergl. v. Jecklin, Gruchot Bd. 37 S. 707. — O.T.B. Bd. 24 S. 84; Strieth. Arch. Bd. 23 S. 165, 83 S. 125 ff.; Koch zu § 71 I 17 A.L.R. Anm. 58. — Staub zu Art. 22 S. 40 § 10, 1 Abs. 2 i. f., 130 S. 212 § 13. — Falkmann a. a. O. S. 233 Anm. 31. — Dernburg Bd. 2 S. 675 Anm. 8. — Siebenhaar a. a. O. S. 547 Nr. 2. — Jur. Wochenschr. 1895 S. 249 Nr. 35.

[128]) Klewitz a. a. O. S. 40. — Eccius Bd. 2 (1892) S. 520. — Mot. Bd. II S. 550, 623, IV S. 1185, V S. 530.

sich oder nur Rechenschaftsablage an die Gesammtheit fordern kann oder ob Jeder für sich oder nur mit den Andern zusammen hierzu verpflichtet ist, wenn sich aus den für das betreffende Rechtsverhältniß geltenden Vorschriften nicht eine besondere Regelung ergiebt, die §§ 420ff. maßgebend.[129]) —

Folgt man nun diesen Ausführungen, so wird man der Ansicht, daß „Rechenschaftsablage" und „Rechnungslegung" ihrem Wesen nach identische Begriffe sind, beitreten müssen. Eine Unterscheidung, daß die Letztere nur bei der Verwaltung vorkommen kann und hierin ihre Grundlage hat, ist für das B.G.B. schon deshalb ausgeschlossen, weil nach demselben auch diese auf einem Auftrage beruht und nicht mehr als ein besonderes Rechtsinstitut besteht. Hiergegen spricht auch nach der obigen Annahme nicht die Vorschrift des § 259, welche lediglich die Form betrifft. Im übrigen handelt es sich bei der Rechenschaftsablage auch um Rechnungslegung und besteht die Pflicht zur Rechenschaftsablage somit in der Legung einer Rechnung in dem oben angegebenen Umfange,[130]) welche bei einer mit Einnahmen oder Ausgaben verbundenen Verwaltung auf Erfordern des Berechtigten ohne Angabe weiterer Gründe in der im § 259 vorgeschriebenen Form erfolgen muß, während diese Form sonst nur beim Vorhandensein genügender Gründe nach richterlichem Ermessen beobachtet zu werden braucht.[131])

Wünschenswerth wäre es allerdings gewesen, wenn eine allgemeine Vorschrift im B.G.B. getroffen wäre, deren Mangel, ohne daß er in den Motiven zum Entwurf I aufgeklärt ist, von der Kritik, soweit ersichtlich, einstimmig gerügt worden ist.[132]) —

---

[129]) Gruchot Bd. 20 S. 232; Rocholl S. 243; Klewitz S. 36, 41 u. 42; Dernburg Bd. 2 S. 128. — Rehbein a. a. O. 1 S. 567, 919. — Strieth. Arch. Bd. 4 S. 138, 6 S. 128 (61 S. 101), 23 S. 165, 83 S. 125. O.T.B. Bd. 50 S. 345. — Entsch. d. Reichsger. Bd. 20 S. 312ff. — Jur. Wochenschr. 1893 S. 146 Nr. 40, 65 Nr. 26. — Haidlen S. 52 zu § 27, 759 Abs. 3 zu § 677.

[130]) Vergl. Fischer und Henle zu § 1890 Anm. 2 und 3.

[131]) Mot. Bd. II S. 537, Denkschrift S. 70.

[132]) cf. Mot. Bd. II S. 537. — Bähr, Arch. für bürgerl. Recht Bd. 2 S. 112–117. — Gierke, Der Entwurf eines bürgerl. Gesetzb. S. 278. — Fischer bei Bekker und Fischer, Beiträge zur Erläuterung des Entwurfes

Hinsichtlich des bereits oben erwähnten Offenbarungseides bei der Rechenschaftsablage hat sich das B. G.B. auf die Bestimmung in den §§ 259, 261 — und die Kommission auf die Vorschläge in den §§ 230a, 774a C.P.O. beschränkt.[133]) Dieser Eid bildet die nothwendige Ergänzung der Rechenschaftspflicht. Er schützt einerseits den Rechnungsherrn gegen Verdunkelungen und Hinterziehungen, andererseits stellt er für den Rechnungsführer die Grenze für dessen Verpflichtungen fest. Er ist für sämmtliche Interessenten unentbehrlich, wenn eine endgültige Klarstellung der in Betracht kommenden Verhältnisse herbeigeführt werden soll.[134]) Zwar haben die Motive zum ersten Entwurfe (Bd. II S. 538 und 893) ausgeführt, daß kein Bedürfniß vorhanden sei, die Eidespflicht des Rechnungspflichtigen noch weiter auszudehnen, als sich aus der Vorschrift des § 777 ergebe. Andererseits sagen die Motive zum § 761 des ersten Entwurfs Bd. II S. 871, daß in Ansehung der Rechnungspflicht (§ 751) nicht ausgeschlossen ist, unter besonderen Umständen aus der Verpflichtung zum Ersatze des vollen Interesses auch ein Recht des durch eine unerlaubte Handlung Verletzten auf Manifestation des Erlangten abzuleiten. Es stimmt dies mit der obigen Auffassung über die Zulässigkeit der Rechenschaftspflicht bei ungerechtfertiger Bereicherung oder bei Ersatz wegen unerlaubter Handlung überein. Und Bd. IV der Motive zu § 1503 Entw. I S. 747 heißt es ganz allgemein: Erst durch den Hinzutritt dieser Verpflichtung (zur Leistung des Offenbarungseides) gewinnt die Verpflichtung zur Rechnungslegung als Rechtspflicht praktische Bedeutung, während in Bd. II S. 893

---

eines bürgerl. Gesetzb. Heft 6 S. 38—40. — Hartmann, Gutachten aus dem Anwaltstande zum Entw. des B. G.B. S. 252—358. — Klewitz a. a. O. S. 1, 30, 53, 57. — Vergl. Rocholl und Riedner, Vorschläge zur Abänderung des Entw. eines Deutsch. Bürgerl. Gesetzb. zu §§ 777 und 591.

[13]) Nach den §§ 28, 29 I 22 A. G.O. (219 I 17 A. L.R.) ist der Rechnungsherr allgemein bei Mandat und Verwaltung zur Forderung des Offenbarungseides berechtigt. — Vergl. Roenne (1860) Ergänzungen zu § 29 Nr. 2 a. a. O. S. 295. — Entsch. des Reichsger. Bd. 9 S. 270, 33 S. 316. — Rocholl a. a. O. S. 252. — Dernburg Bd. 2 (1889) S. 112 Nr. 5. — Bezüglich des gemeinen Rechts vergl. Klewitz a. a. O. S. 48 ff. — Seuffert, Arch. Bd. 20 Nr. 148, 225, 21 Nr. 234, 25 Nr. 211.

[134]) cf. wegen des Offenbarungseides bei der Inventarisationspflicht Entsch. des Reichsgerichts Bd. 11 S. 205, 22 S. 230, 24 S. 194.

bemerkt ist: Die Ausdehnung der Manifestationspflicht enthalte eine durch praktische Rücksichten nicht gebotene Singularität!

Dafür lasse sich namentlich nicht anführen, daß sich sonst der Berechtigte dem Rechenschaftsverpflichteten gegenüber wegen seiner mangelhaften Kenntniß des maßgebenden Sachverhalts in einer schlimmen Lage befinde. Dieser Grund müßte, wenn er richtig wäre, zur Aufnahme des Eideszwanges in allen Fällen führen, in welchen die Verfolgung eines Rechts von der Kenntniß solcher Thatsachen abhänge, von welchen nur der Gegner unterrichtet sein könne. — Dieser Ansicht steht aber entgegen, daß die Eidesleistung bei der Rechenschaftsablage zur Erzwingung der Erfüllung der durch anderweitige Rechtsbeziehungen bereits begründeten Pflicht zur Rechenschaftsablage dient.[135])

Bei dem zweiten Entwurfe ist die Kommission davon ausgegangen (Greiff, Conrad's Jahrb. 3. Folge 2. Bd. S. 541), von dem Mittel der Eidespflicht soweit Gebrauch zu machen, als ein dringendes Bedürfniß es erfordere.

Hinsichtlich der die Ausgaben betreffenden Angaben und der Vollständigkeit der beigefügten Belege glaubte man, übe schon das eigene Interesse des Rechnungslegers und die Rücksicht auf seine Schadenersatzpflicht einer verspäteten Geltendmachung von Auslagen und Beibringung von Belegen einen genügenden Druck auf ihn aus. Der gleiche Grund, nicht über die Grenzen des Bedürfnisses hinauszugehen, hat es veranlaßt, von dem Mangel der Sorgfalt die Eidespflicht abhängig zu machen, zumal man der Ansicht war, daß, da es sich meistens um Vertrauensstellungen handle, ein besonderer Grund zum Mißtrauen vorliegen müsse. (Denkschrift S. 70.) Im Uebrigen ging man von folgenden Gesichtspunkten aus: In Folge der erforderlichen Begründung seitens des Rechnungsherrn werde der Rechnungspflichtige zur Nachprüfung seiner Angaben veranlaßt. Abs. 3 § 698 sei mit Rücksicht auf die Heiligkeit des Eides nothwendig.

Das Prozeßgericht erster Instanz sei ausschließlich zuständig, weil dieses mit der Sachlage vertraut sei. Die weitere Vorschrift über die Zuständigkeit sei erforderlich, weil es sich um die materiellrechtliche Frage des Erfüllungsortes für die Eidespflicht handle. Die Anwendung

[135]) Vergl. Rocholl a. a. O. zu §§ 777 und 591 und Bähr a. a. O.

des § 783 C.P.O. sei geboten, weil insoweit das Interesse des Schuldners mehr Berücksichtigung verdiene als das des Gläubigers. Bei Abs. 3 § 700 sei maßgebend, daß es sich bei dem Verlangen der Eidesleistung nur noch um ein besonderes Recht des Gläubigers handle, sich in einzelnen Fällen über die Richtigkeit der Angabe des Schuldners Gewißheit zu verschaffen.

Ließe man bei erzwungener Eidesleistung den Schuldner die Kosten der Eidesabnahme tragen, so würde der Gläubiger hierdurch auf den Weg des Prozesses gedrängt.

Eine Aenderung der C.P.O. sei beschlossen, da den materiellrechtlichen Ansprüchen auf Rechnungslegung ... und Leistung des Offenbarungseides gemeinsam sei, daß sie bezweckten, dem Gläubiger sichere Kenntniß darüber zu verschaffen, ob und in welchem Umfange ihm eine Forderung gegen den Verpflichteten zustehe; erst nach Durchführung der Ansprüche sei er im Stande, den Anspruch auf Herausgabe dessen, was der Verpflichtete ihm noch schulde, im Wege der Klage geltend zu machen, weil er dann den Gegenstand des Anspruchs mit der nach der C.P.O. erforderlichen Bestimmtheit angeben könne, um Kosten und Weitläufigkeiten zu vermeiden. Es sei deshalb zunächst durch Theilurtheil die Verpflichtung des Beklagten zur Rechnungslegung &c. festzustellen, sodann müßten, nachdem die Rechnungslegung &c. nöthigenfalls zwangsweise herbeigeführt sei, der Kläger seinen Herausgabeanspruch dem Gegenstande nach näher bestimmen und es werde endlich in demselben Verfahren über diesen Anspruch erkannt. —

Bezüglich der rechtlichen Natur des Offenbarungseides kann es nun keinem Bedenken mehr unterliegen, daß das B.G.B. ihn nicht als Beweismittel,[136]) sondern auf materiellrechtlicher Grundlage beruhend als einen Theil der Hauptverpflichtung ansieht.[137])

---

[136]) Wetzell, System des ordentlichen Civilproz. § 28 (cf. Renaud, Zur Lehre vom sog. Manifestationseide, Archiv für praktische Rechtswissensch. Bd. 8 S. 110ff., Bähr a. a. O. S. 276). — Griesebach, Ueber die prozessualische Stellung des civilrechtlichen Offenbarungseides nach der Reichs=Civil=Prozeß=Ordnung (Magazin für Deutsches Recht der Gegenwart herausgegeben von Bödiker Bd. 2 S. 233ff. Vergleiche daselbst die Ausführungen darüber, wer nach gemeinem Rechte manifestationspflichtig ist. S. 236, 242, 245.

[137]) Francke, Der Offenbarungseid im Reichsrecht S. 20, 103ff. — Krech, Gruchot Bd. 26 S. 236 zu c. — Rocholl a. a. O. S. 245, 249ff. —

In der Denkschrift S. 71 heißt es ausdrücklich, daß es sich bei dem privatrechtlichen Anspruche auf Leistung des Offenbarungseides lediglich um die Erfüllung einer privatrechtlichen Verpflichtung handle.

Schon die Aufnahme der zutreffenden Bestimmungen in das B.G.B. und deren Stellung im System desselben im zweiten Buche, welches über das Recht der Schuldverhältnisse handelt, unter dem Abschnitte „Verpflichtung zur Leistung" giebt dies zu erkennen.

Es ließe sich anderenfalls auch nicht erklären, wie in Nachlaßsachen der Nachlaßrichter oder in anderen Rechtsverhältnissen der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit den Offenbarungseid sollte abnehmen können, wenn die Leistung desselben nicht lediglich in Erfüllung einer anderweitigen Rechtspflicht sollte gefordert werden dürfen. Die Abnahme im Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit kann natürlich nur in dem Falle stattfinden, wenn die Interessenten über die von dem Richter festzusetzende Norm des Eides und die sonstigen in Betracht kommenden Punkte einig sind. Erscheint dann in dem betreffenden Termine der eine oder andere Theil nicht, so gilt der Antrag entweder als zurückgenommen oder der Eid für verweigert.[138])

In letzterem Falle steht dem Richter ein Exekutionsrecht nicht zu, es muß vielmehr (ausgenommen im Fall des § 2006)[139]) das Prozeßgericht entscheiden, falls nicht noch das in Aussicht genommene Gesetz über die nichtstreitige Gerichtsbarkeit eine andere Bestimmung trifft.

Hierbei wird sich das Verfahren nun verschieden gestalten, je nachdem es sich nur um einen Streit über die Pflicht zur Leistung des

---

Motive zur C.P.O. S. 488. — Entsch. des Reichsger. Bd. 16 S. 222. — Gräwell zu Tit. 22 A.G.O., Bierhaus ebenda, vergl. § 30 I 22 A.G.O. Basch, Die A.G.O. in ihrer heutigen Gestalt, 1884 S. 88. — Bähr a. a. O. S. 283. — Fischer, Preuß. Privatrecht S. 147. — Entsch. des Reichsger. Bd. 11 S. 397.

[138]) In das Reichsges. über die Angelegenheiten der freiw. Gerichtsbarkeit sollte folgende Vorschrift aufgenommen werden: Ist der in den §§ 259, 260 des B.G.B. bestimmte Offenbarungseid nicht vor dem Prozeßgerichte zu leisten, so kann die Bestimmung des Termins zur Abnahme des Eides sowohl von dem Berechtigten als von dem Verpflichteten beantragt werden. Der andere Theil ist zu dem Termine zu laden. Auf die Abnahme des Eides finden die Vorschriften der §§ 440—446 C.P.O. entsprechende Anwendung. Haiblen a. a. O. S. 323 Anm.

[139]) Vergl. Art. 147 Abs. 2 Einf.Ges. — Denkschr. S. 392. — Mot. Bd. II S. 895, V S. 670.

Offenbarungseides oder auch um einen solchen über die der Forderung desselben zu Grunde liegende Rechnung handelt.

In erster Hinsicht kann in Frage kommen, ob überhaupt ein Recht darauf besteht und ob die Ableistung des Eides nach der konkreten Sachlage verlangt werden kann. Rücksichtlich des Forderungsrechts an sich ist das zu Grunde liegende Rechtsverhältniß maßgebend, und im übrigen nach dem B. G.B. Voraussetzung, daß Grund zu der Annahme besteht, daß die in der Rechnung enthaltenen Angaben über die Einnahmen nicht mit der erforderlichen Sorgfalt gemacht worden sind.[140]) Zu diesem Zwecke sollen nach der Denkschrift S. 70 Umstände nachgewiesen werden müssen, welche das Vertrauen zum Geschäftsführer als nicht gerechtfertigt erscheinen lassen. Hiernach dürfte also nicht ein strikter Beweis hinsichtlich der mangelnden Sorgfalt nöthig sein, vielmehr ein Glaubhaftmachen genügen.

Und was die Entscheidung betrifft, ob es sich um eine Angelegenheit von geringer Bedeutung handelt, so dürfte dabei nicht der absolute Standpunkt, sondern die Rücksicht, welche Bedeutung für die jedesmaligen Betheiligten in Frage steht, maßgebend sein, da sich die Bedeutung des Interesses nicht immer nach dem jedesmaligen Objekte allein bemessen läßt, vielmehr die Gesammtverhältnisse der Parteien von Wichtigkeit sein können.[141])

Hinsichtlich des zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses ist Grützmann[142]) der Ansicht, daß nach dem zweiten Entwurfe zwar Jeder, der Rechnung zu legen habe, eidespflichtig sei, nicht aber Jeder, der Rechenschaft zu geben habe. Landé[143]) äußert sich, unter Bezugnahme auf Reatz 1 S. 351, in dieser Beziehung dahin, daß die Eidespflicht

---

[140]) Nach § 29 I 22 A. G.O. muß vor Normirung des Eides dargethan sein, daß die Richtigkeit der übergebenen Rechnung nicht ohne scheinbaren Grund in Zweifel gezogen wird. — Jur. Wochenschr. 1893 S. 370 Nr. 86, 1894 S. 444 Nr. 76. — Entsch. des Reichsger. Bd. 33 S. 316. — Gruchot Bd. 35 S. 149. — Dernburg Bd. 2 (1889) S. 112 Abs. 5.

[141]) Bingner (Sächs. Archiv für bürgerl. Recht und Prozeß Bd. 3 Heft 12) hat für geringfügige Sachen die Versicherung an Eidesstatt für genügend gehalten. cf. Rocholl a. a. O. S. 251. — Haidlen a. a. O. S. 321 und 322 zu § 259.

[142]) Sächs. Archiv für bürgerl. Recht und Prozeß Bd. 4 Heft 6 S. 341.

[143]) Das B. G.B. für das Deutsche Reich S. 341. (Carl Heymanns Verlag 1896.)

nur im Falle der Rechnungslegung, nicht auch im Falle der Rechenschaft obliege.

Reatz[144]) sagt an der bezeichneten Stelle: Gegenüber der Minderheit, welche die Eidespflicht auf die Fälle der Rechenschaftsablegung erstreckt wissen wollte, beschränkt die Mehrheit ... (der zweiten Kommission) die Eidespflicht auf den Fall der Rechnungslegung.

Stellt man sich nun auf den Standpunkt der obigen Ausführungen, so kann man nicht etwa sagen, der Offenbarungseid könne dann, wenn das B. G.B. von Rechenschaft spricht, nicht gefordert werden, weil an sich zwischen Rechenschafts- und Rechnungslegungspflicht kein Unterschied ist und, wie gesagt, auch außerhalb der Fälle der Vermögensverwaltung die Rechenschaftsablage in der im § 259 vorgeschriebenen Form erfolgen kann. Anscheinend beschränkt allerdings das B. G.B. die Eidespflicht auf dieses, im § 259 Abs. 1 bezeichnete Rechtsverhältniß.

Wenn die Denkschrift S. 70 aber folgendes ausführt: „Bei Rechnungen, die eine größere Anzahl von Posten enthalten, ist der Berechtigte häufig überhaupt nicht oder doch nur mit unverhältnißmäßigen Weiterungen im Stande die Richtigkeit nachzuprüfen. Es bedarf daher eines besonderen Mittels, den Verpflichteten zu wahrheitsmäßiger und vollständiger Rechnungslegung zu veranlassen. Als solches bietet sich die Verpflichtung zur Leistung eines Offenbarungseides", so gilt dieser Grund für alle Fälle, in denen der Rechenschaftspflicht in der im § 259 Abs. 1 vorgeschriebenen Form genügt wird und es sich nicht um Angelegenheiten von geringer Bedeutung handelt. Man wird deshalb ebenso wie Abs. 1 auch den Abs. 2 auf diese Fälle für anwendbar erachten und somit sagen dürfen, daß außer den oben angegebenen Voraussetzungen nur noch erforderlich ist, daß eine dem § 259 Abs. 1 entsprechende Rechnung vorliegt, wobei es jedoch entsprechend den obigen Ausführungen auf die Art des zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses nicht ankommt. § 259 spricht im Abs. 1 selbst von Rechenschaftsablage!

Wegen der Norm und des Verfahrens bei der Abnahme des Eides enthalten das B. G.B. und die für die C.P.O. vorgeschlagenen Vorschriften ebenfalls bestimmte Angaben.[145])

---

[144]) Die zweite Lesung d. Entw. d. B.G.B. (Carl Heymanns Verlag 1893.)

[145]) Vergl. Basch und Vierhaus zu 33 I 22 A.G.O. — Gruchot Bd. 30 S. 436, 35 S. 149, 151. — Francke a. a. O. S. 411. — Falkmann

Tritt Zwangsvollstreckung ein, so ist für dieselbe § 774 und nicht § 780 C.P.O. maßgebend.

Wegen des geltenden Rechts mag es genügen, auf die Ausführungen von Fischer (S. 304 a. a. O.), Francke, Griesebach, Krech,[146]) Struckmann und Koch, Wilmowski und Levy, Reincke, Förster, Bülow und Basch,[147]) welchen mit ihrer abweichenden Ansicht Mugdan[148]) und Maerker[149]) gegenüber stehen, hinzuweisen und hervorzuheben, daß das Reichsgericht (Bd. 11 S. 397) sich für die Anwendung des § 774 C.P.O. entschieden hat.[150])

Was ferner die Art der Vollstreckung des Urtheils, daß der Verpflichtete innerhalb einer bestimmten Zeit Rechnung legen soll, betrifft, so kann der Berechtigte, gleichgültig, ob der Pflichtige Rechnung zu legen nicht im Stande ist[151]) oder solches zu thun verweigert, gegenüber der Bestimmung des § 259 B.G.B. nicht Verurtheilung zur Leistung des Offenbarungseides herbeizuführen, da dieser eine gelegte Rechnung voraussetzt, vielmehr nur gemäß §§ 774, 778 C.P.O. verfahren.

Bei Feststellung des Interesses gewinnt jetzt § 260 C.P.O. besondere Bedeutung.[152]) In diesem Verfahren ist denn auch zu berücksichtigen, ob die etwaige Unmöglichkeit der Rechenschaftsablage auf einem Verschulden beruht oder nicht. Das Interesse an der Rechenschaftsablage selbst ist für diesen Rechtsstreit unerheblich.

Diese ist nicht Selbstzweck.

Abgesehen nun von dem obigen Falle (behufs Herbeiführung des Offenbarungseides) kann der Rechnungsnehmer ferner Ausstellungen gegen die Rechnung machen, wenn er deren Ergänzung veranlassen will.

---

a. a. O. S. 306 Anm. 13. — Entsch. des Reichsger. Bd. 11 S. 397. — Jur. Wochenschr. 1894 S. 518 Nr. 9.

[146]) Gruchot Bd. 26 S. 218ff.

[147]) a. a. O. S. 43.

[148]) Gruchot Bd. 26 S. 274ff.

[149]) Nachlaß-Regulirung S. 152 (vergl. Mewes Centralbl. für Rechtswissenschaft Bd. 1 S. 215).

[150]) Vergl. Bd. 34 S. 407. — Cretschmar (1896) zu Art. 370 code civil.

[151]) Entsch. des Reichsger. Bd. 8 S. 336. — O.H.G. Bd. 13 S. 49. — Jur. Wochenschr. 1894 S. 133 Nr. 65.

[152]) Entsch. des Reichsger. Bd. 8 S. 225. — Jur. Wochenschr. 1895 S. 305 Nr. 46. — Pfizer a. a. O.

Diese Ausstellungen können zweifacher Art sein. Sie können sich entweder auf die Vollständigkeit oder auf die Richtigkeit der Rechnung beziehen.

Die daraus sich ergebenden Streitpunkte führen zu dem sog. Monitur- und Defekturverfahren. Die Unvollständigkeit der Rechnung kann sich in zweifacher Weise äußern. Entweder die Rechnung ist so mangelhaft, daß der Rechnungsherr keinen Einblick in die Handlungsweise des Rechnungsstellers erhalten bezw. die Einnahmen und Ausgaben nicht prüfen und kein Urtheil über seine Ansprüche gegen den Geschäftsführer gewinnen kann, oder sie erfordert nur in einzelnen Positionen eine Ergänzung der Angaben bezw. der Belege. Bezüglich der ersteren Alternative geht eine Ansicht dahin, daß in einem solchen Falle überhaupt keine Rechnung vorliege, dieselbe nicht abnahmefähig und nur eine abnahmefähige Rechnung eine Rechnung im technischen Sinne sei, der Rechnungsherr deshalb auf Legung einer ordentlichen Rechnung klagen müsse.

Mit Recht wendet sich hiergegen Bähr,[153]) dessen Meinung auch für das preußische Recht begründet erscheint.[154])

Ist eine derartige Rechnung auf Grund eines dazu verurtheilenden Erkenntnisses gelegt worden, so würde der Rechnungsherr gemäß § 774 C.P.O. vorgehen können, da in einem solchen Falle von der Erfüllung der Verpflichtung nicht die Rede sein kann.[155])

Ist die Rechnung dagegen freiwillig ohne vorhergegangene Klage gelegt, so würde der Rechnungsherr, wenn er nun erst noch auf Legung einer ordentlichen Rechnung klagen würde, einem böswilligen Rechnungssteller gegenüber sich nur die Realisirung seiner etwaigen Ansprüche, da er einem solchen gegenüber schließlich doch zur Klage

---

[153]) a. a. O. S. 266, 289. cf. Seuffert, Arch. Bd. 1 Nr. 274, 5 Nr. 83, 20 Nr. 225. — Goenner a. a. O. S. 127 (118, 121). Schletter, Jahrb. d. deutsch. Rechtswissensch. u. Gesetzgeb. Bd. 7 S. 326.

[154]) cf. Busch, Arch. Bd. 27 S. 343. — Jur. Wochenschr. 1893 S. 367 Nr. 78, 1895 S. 75 Nr. 30. — cf. Klewitz a. a. O. S. 21 Anm. 2. — Falkmann a. a. O. S. 305 Anm. 9.

[155]) Behauptet der Beklagte das Gegentheil, so ergebt die Entscheidung unter Umständen ebenfalls auf Grund des § 774 a. a. O. und nicht im Wege des § 686 ebenda. cf. Jur. Wochenschr. 1893 S. 194 Nr. 11, 1896 S. 357 Nr. 12 und 13. — Entsch. d. Reichsger. Bd. 37 S. 406.

auf Leistung des Offenbarungseides bezw. des Interesses gezwungen sein würde, verzögern.

Er wird deshalb in Fällen in Rede stehender Art und auch sonst, wenn es sich nur um mangelhafte Rechnung handelt, meistens besser und schneller zum Ziele gelangen, wenn er die eingereichte Rechnung nach Möglichkeit selbst ordnet und auf Grund derselben seine Erinnerungen zieht, über dieselben den Rechnungssteller befragt, ihn zu weiteren Aufklärungen und Nachweisungen veranlaßt, obwohl er unter Umständen eine neue Rechnung verlangen könnte.[156]) So entsteht das Moniturverfahren.

An dasselbe schließt sich im gegebenen Falle das Defekturverfahren, wenn der Rechnungsherr die Richtigkeit der Angaben der Rechnung in Zweifel zieht, sei es, daß er die Einnahmen oder Ausgaben oder die Echtheit der vorgelegten Dokumente oder sonstigen Belege bemängelt. In solchem Falle hat er dann die Beweislast. Hierbei kann er sich auch der Eideszuschiebung bedienen.[157])

Zwei fernere wichtige Fragen, nämlich, ob mit diesem Rechnungsprozesse gleichzeitig der Anspruch auf Leistung des Offenbarungseides erhoben und ob mit dem vorbezeichneten Verfahren die Entscheidung über etwaige Zahlung des Saldo verbunden werden kann, sind durch die vorgeschlagenen Aenderungen der C.P.O. in bejahendem Sinne entschieden. Im § 230a ist sogar eine derartige Verbindung in Aussicht genommen, wenn es sich um einen Streit über die Verpflichtung zur Rechnungslegung handelt.

Gegen eine derartige Praxis hat aber das Reichsgericht in seiner Entscheidung Bd. 14 S. 200ff. zutreffend ausgeführt:[158])

„Die C.P.O. kennt kein Verfahren, welches Raum dafür böte, daß, nachdem der Beklagte diejenige Leistung, zu welcher er zunächst zu verurtheilen ist . . ., beschafft hätte, sich innerhalb desselben Prozesses auf Grundlage ebendieser Leistung und im Anschlusse an ihre Ergebnisse

[156]) Gruchot Bd. 30 S. 437.

[157]) Man wird für das Preußische Recht also nicht mit Graewell (a. a. O. S. 306) annehmen können, daß der Offenbarungseid auch über die Echtheit der Belege normirt werden kann.

[158]) cf. Strieth., Arch. Bd. 92 S. 95, 95 S. 116. — Bd. 9 S. 226 (Rheinische C.P.O. Art. 534, 535). — Entsch. des Reichsger. Bd. 3 S. 333. — Gruchot Bd. 32 S. 110. — Jur. Wochenschr. 1887 S. 203. — O.H.G. Bd. 1 S. 48.

noch eine zweite Streitverhandlung über fernere dem Beklagten aufzuerlegende Leistungen entwickeln könnte. Das Theilurtheil ist nach § 273 C.P.O. nur dazu bestimmt, einen solchen von mehreren Ansprüchen vorweg zu erledigen, die, wenn sie nur sämmtlich nach Maßgabe der Parteivorträge und Beweisergebnisse schon zur Endentscheidung reif wären, jetzt bereits gleichzeitig erledigt werden könnten, nicht aber einen Anspruch von solcher Beschaffenheit, daß seine Erledigung und Befriedigung im Sinne der Klage die nothwendige Voraussetzung dafür bildet, daß der Kläger die ferneren Ansprüche überhaupt in bestimmter Abgrenzung geltend machen könne. In solchem Falle sind die letzteren Ansprüche mittels einer neuen Klageerhebung geltend zu machen . . ." In keinem Falle kann, wie dies auch nicht beabsichtigt zu sein scheint, in einem solchen Falle gleichzeitig über die Leistung des Offenbarungseides erkannt werden.[159])

Dies ergiebt unzweideutig § 259 B.G.B., nach welchem im Streitfalle der Abnahme des Eides eine gerichtliche Verhandlung über die gelegte Rechnung vorausgehen muß. Es kann erst auf Grund dieser Verhandlung die Frage über die Pflicht zur Eidesleistung zur Entscheidung gebracht werden.

Ausgeschlossen ist die Verbindung des Anspruchs auf Zahlung mit dem Rechnungsprozesse, wenn die Rechnung nur die Grundlage für eine spätere Auseinandersetzung bilden, durch den Rechnungsprozeß nur ein Faktor für diese gewonnen werden soll, während die für die Auseinandersetzung maßgebenden Ansprüche noch von anderen Umständen abhängen, wie Ersteres der Fall ist, sobald es sich in einem Prozesse über die Richtigkeit einer Rechnung, nicht um streitige Ansprüche, sondern nur um streitige Erinnerungen (cf. § 313 C.P.O.) handelt.[160])

Zur Erledigung der Letzteren dient recht eigentlich der sog. Rechnungsprozeß. Derselbe ist an sich nämlich nur Beweisverfahren. Nach den §§ 35, 36 I 22 A.G.O. soll durch die eidliche Bestärkung der Rechnung ein Beweismittel gegen den Schwörenden gewonnen sein und in der Denkschrift S. 70 ist die Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides als Mittel, den Verpflichteten zu wahrheitsmäßiger

[159]) Ebenso Rocholl a. a. O. S. 252 ff. — cf. Goenner a. a. O. S. 122 (dagegen Reichsgericht Bd. 29 S. 395). — Ebenso v. Canstein, Der österr. Rechnungsprozeß, Allgem. österr. Gerichtszeitung 1891 S. 57—65.

[160]) cf. Jur. Wochenschr. 1891 Nr. 12 S. 308.

Rechnungslegung zu veranlassen, bezeichnet. Der Rechnungsführer legt durch Einstellung der Einnahmen ein Geständniß dahin ab, daß er die betreffende Post vereinnahmt habe, und der Rechnungsherr, welcher dies nicht bemängelt, giebt die Richtigkeit dieser Angabe zu.

Durch die Einstellung seiner Ausgaben erhebt der Rechnungsführer Behauptungen, deren Richtigkeit der Rechnungsherr ebenso, falls er nichts einwendet, zugesteht.

Die diesbezüglichen Thatsachen werden im Streitfalle durch die Beweisaufnahme festgestellt.

Von keiner Seite wird aber gleichzeitig bei den etwaigen Zugeständnissen eine Willenserklärung dahin abgegeben, daß der eine Theil sich nunmehr in Höhe der festgestellten Post als Schuldner des anderen Theils bekennen wolle.[161]) Ebensowenig ist dies bezüglich des etwaigen Ueberschusses der Schlußrechnung der Fall.

Das ganze Interesse und die ganze geistige Thätigkeit der Parteien ist nur darauf gerichtet, eine Prüfung der einzelnen Angaben vorzunehmen. Die weitere Feststellung des Saldo und des zur Zahlung desselben Verpflichteten richtet sich lediglich nach den gesetzlichen Bestimmungen über das Rechtsverhältniß, in dem die jedesmaligen Parteien zu einander stehen.

Dieselbe ist für den Rechnungsprozeß an sich ohne Interesse. Durch den in diesem Verfahren sich ergebenden Rechnungsabschluß wird nur ein Rechnungsfaktor gefunden.[162]) Dieser Rechnungsabschluß wirkt nur deklaratorisch. Das Kammergericht hat sich in seinem Berichte an den Justizminister vom 20. August 1812 folgendermaßen über die in Rede stehende Frage ausgesprochen: „. . . In dem Rechnungsprozesse ist nicht . . . von Forderungen und Gegenforderungen die Rede, sondern von Einnahme und Ausgabe; die Frage ist nicht, ob an sich gegründete Forderungen durch Kompensation als erloschen anzusehen sind, sondern ob und eventualiter auf wie hoch eine Forderung überhaupt existire, der auszumittelnde Einwand ist nicht die exceptio

---

[161]) cf. dagegen Goenner a. a. O. S. 125. — Bähr a. a. O. S. 262 ff. und Die Anerkennung 2c. S. 246. — Kenßner (Holtzendorff). — Hesse a. a. O. S. 133 bis 151, 168 bis 175. — Roenne zu § 12 I 45 A. G.O. — Jur. Wochenschr. 1895 S. 126 Nr. 1.

[162]) cf. Bähr (Rechnungsleg.) S. 285 ff. — Schletter, Jahrb. Bd. 7 S. 326 (Seuffert, Arch. Bd. I Nr. 74, 10 Nr. 63).

compensationis, sondern die exceptio plus petitionis. . . . Im Rechnungsprozesse muß . . . festgestellt werden, ob eine Forderung wirklich vorhanden ist und eventl. auf wie hoch." Ein Zahlungsanspruch auf den Saldo beruht nicht ohne Weiteres auf der Rechnung selbst als einem neuen Schuldgrunde.

Dieser kann entstehen, wenn mit der Feststellung des Saldo etwa ein Schuldversprechen, ein Anerkennungs- oder Kompensationsvertrag, ein Vergleich, Verzicht, Erlaß oder eine Novation verbunden wird,[163]) sei es, daß dies ausdrücklich geschieht, oder, wie es vielfach bei der sog. Abrechnung vorkommt, es die Umstände ergeben.[164])

Der Rechnungsabschluß an sich erzeugt noch kein Forderungsrecht. Dies läßt sich auch für das B. G.B. aus § 782 entnehmen, da in demselben die Fälle besonders erwähnt werden, wenn auf Grund einer Abrechnung ein Schuldversprechen oder Schuldanerkenntniß ertheilt wird. Würde also nach dem B. G.B. der Rechnungsabschluß an sich ein neues Schuldverhältniß begründen sollen, so würde es nicht der Erwähnung des Hinzutretens eines Schuldversprechens oder Schuldanerkenntnisses bedurft haben.[165])

Im Gegensatze hierzu will Bingner[166]) im § 721 Entw. II die Abrechnung als (novirenden) Verpflichtungsgrund anerkannt sehen. Letzterer beruht aber nach Obigem auf dem Versprechen oder Anerkenntnisse. Dies ist auch der Standpunkt der Motive zu § 683 des ersten Entwurfs Bd. II S. 691, auf den sich die Kommission für den zweiten Entwurf ebenfalls gestellt hat (cf. Greiff a. a. O. S. 918).

In einem solchen Rechtsstreite würde der Klageantrag hiernach lauten müssen:[167])

> Den Beklagten zu verurtheilen, anzuerkennen, daß bei den (einzeln anzugebenden) Posten der Rechnung vom . . . die Einnahme (oder die Ausgabe) so und so viel beträgt.

---

[163]) Entsch. des Reichsgerichts Bd. 2 S. 337, 14 S. 253, 21 S. 80. — Goenner a. a. O. S. 138. — Osterloh a. a. O. S. 27. — Bähr (Anerk.) S. 171, 246. — Weiske, Rechtslex. Bd. 4 S. 131, 134. — Hesse a. a. O. S. 148 ff.

[164]) Entsch. des Reichsger. Bd. 21 S. 80. — Klewitz a. a. O. S. 27 ff.

[165]) cf. Denkschrift zur R.V. S. 139.

[166]) Sächs. Arch. für bürgerl. Recht und Prozeß Bd. III Heft 12 S. 749.

[167]) cf. v. Canstein a. a. O. S. 81—90.

Wird gleichzeitig die Vorbereitung einer künftigen Auseinandersetzung bezweckt, so steht nichts entgegen, den Klageantrag dahin zu erweitern:

> Den Beklagten auch zu verurtheilen, anzuerkennen, daß er schuldig ist, sich bei der Auseinandersetzung den in diesem Rechtsstreite zu Gunsten des Klägers sich ergebenden Ueberschuß in Gegenrechnung stellen zu lassen.[168])

In denjenigen Fällen, in denen das durch den Rechnungsprozeß gewonnene Resultat unstreitig den alleinigen aus dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse zustehenden Anspruch darstellt, ergiebt sich der Antrag aus § 230 a C.P.O.[169])

Die endgültige Feststellung der Rechnung hängt nun, wie oben bereits auseinandergesetzt ist, unter Umständen von der Leistung des Offenbarungseides ab.

Dies führt, da nach dem beabsichtigten § 230 a C.P.O. das hierauf abzielende Verfahren mit dem Rechnungsprozesse verbunden werden kann, zu der Frage, in welchem Stadium des Verfahrens am zweckmäßigsten über den Eid erkannt wird.

Die Antwort hierauf ergiebt sich aus dem mehrerwähnten Zwecke, welchem er dient, die möglichste Vervollständigung der Rechnung herbeizuführen. Ueber die Vollständigkeit der Rechnung wird im Moniturverfahren verhandelt. Dessen natürlicher Abschluß ist demnach die Eidesleistung,[170]) für welche die Grundlage durch ein zu erlassendes Theilurtheil geschaffen wird,[171]) zumal wenn man erwägt, daß ebenso wie die Rechenschaftsablage selbst auch die Leistung des Offenbarungseides einen Theil desselben Hauptanspruchs bildet.[172])

Hiernach wäre also eine getrennte Verhandlung über die Monituren und Defekturen nothwendig. Solche erscheint aber auch sonst durchaus

[168]) cf. Roenne zu §§ 2 und 12 I 45 A. G.O. — Graewell zu § 2 I 44 A. G.O. S. 564 und 567, § 37 I 13 A. G.O.

[169]) cf. Strieth. Arch. Bd. 92 S. 95, 95 S. 116. — Busch, Arch. Bd. 18 S. 181. — Reichsger.Entsch. Bd. 3 S. 336, 33 S. 130. — Gruchot Bd. 24 S. 1095 und wegen des österr. Rechnungsprozesses Allgem. österr. Gerichtszeitung 1890 S. 335, 1891 S. 66, 73.

[170]) cf. Osterloh a. a. O. S. 26, Bähr a. a. O. S. 285.

[171]) cf. Entsch. des Reichsger. Bd. 14 S. 394. — Klewitz a. a. O. S. 54 Anm. 2. — Struckmann und Koch (1895) zu § 780 C.P.O. S. 950 Anm. 2.

[172]) Vergl. Linde, Lehrb. des Deutsch. Gem. Civilproz. § 339 S. 467.

zweckmäßig, weil über die Richtigkeit der einzelnen Posten mit Erfolg überhaupt erst dann verhandelt werden kann, wenn an der Vollständigkeit derselben kein Zweifel mehr besteht. Aus diesem Grunde soll nach Rocholl[173]) der Richterkommissar zunächst die Monituren erledigen, sodann das vorbereitende Verfahren abschließen, die verbleibenden Streitpunkte der Aburtheilung des Prozeßgerichts überlassen, welches darüber durch Zwischenurtheil entscheiden und die Fortsetzung des vorbereitenden Verfahrens zur Instruktion der Defekturen anordnen soll. Hervorgehoben mag noch werden, daß der Offenbarungseid zum Nachweise der Richtigkeit der Rechnung bezw. der Belege nicht verlangt werden kann. Hierzu bedarf es desselben nicht, da bei etwaigen Bemängelungen dem Rechnungsherrn die Beweislast obliegt und ihm die Eideszuschiebung zu Gebote steht.

Erfolgt nun eine Verurtheilung zur Eidesleistung und sodann die Ableistung des Eides, so nimmt das Verfahren auf der dadurch gewonnenen Grundlage seinen Fortgang. Diese Fortsetzung ist aber von der Eidesleistung nicht abhängig. Wird also ein Rechtsmittel gegen das Theilurtheil eingelegt oder die Eidesleistung verweigert und das Zwangsverfahren des § 774 C.P.O. eingeleitet, so kann inzwischen über die Defekturen verhandelt werden.

Das Rechnungsresultat kann natürlich bei Eintritt dieser Eventualitäten beeinflußt werden, weshalb zweckmäßig die Erledigung derselben abgewartet werden wird (cf. §§ 12, 22ff. I 45 A. G.O.).

Im Falle der Weigerung des Schwurpflichtigen steht selbstverständlich die etwaige Interessenforderung mit dem Hauptprozesse nicht im Zusammenhange. Diese müßte in einem besonderen Prozesse geltend gemacht werden, in welchem sodann das im Rechnungsprozesse festgestellte Resultat für die Entscheidung von Bedeutung werden kann.

Rocholl[174]) hat für das Preußische Recht als allein zulässig folgendes Verfahren empfohlen:

1. Klage auf Rechnungslegung;
2. Bei nicht abnahmefähiger Rechnung Legung einer vollständigen Rechnung;
3. Klage auf Leistung des Offenbarungseides;

---

[173]) a. a. O. S. 248.

[174]) a. a. O. S. 241, 242, 246, 252.

4. Rechnungsprozeß mit Monitur- und Defekturverfahren, dessen Endurtheil die einzelnen streitigen Posten festsetzen soll.

Rocholl kommt zu der Gliederung zu 3 und 4 deshalb, weil die Entscheidung über den Offenbarungseid präjudiziell sei. Es solle durch denselben, so wird ausgeführt, die subjektive Möglichkeit des Rechnungslegers festgestellt werden, während es sich im Rechnungsprozesse nur um Ausmittelung objektiver Wahrheit handle. Demnach müsse der Rechnungsnehmer die Unvollständigkeit der Rechnung eingehend darlegen und nachweisen (S. 247).

Letzteres würde dem bereits geleisteten Eide des Rechnungsstellers gegenüber allerdings nothwendig sein, es würde durch dieses Verfahren aber die Stellung des Rechnungsnehmers, welcher bei Bemängelung der Vollständigkeit einer Rechnung sonst nicht ohne Weiteres die Beweislast[175]) hat, erschwert werden. Vor allen Dingen steht aber der Einführung dieses Präjudizialstreites die Bestimmung des noch geltenden § 32 I 22 (§ 25 I 45) A. G.O.[176]) entgegen. Danach ist anzunehmen, daß, da zuvor eine Ausmittelung über den Grund oder Ungrund der Erinnerungen stattgefunden haben muß, wenigstens das Moniturverfahren vor Abnahme des Eides erledigt sein muß. Die Forderung des Offenbarungseides ist durch den erwähnten Nachweis materiellrechtlich bedingt. Dies gilt auch für § 259 B.G.B. Die Abnahme des Eides ist in demselben bedingt durch das Bestehen eines Grundes für die Annahme mangelnder Sorgfalt hinsichtlich der in der Rechnung enthaltenen Angaben über die Einnahmen. Wie sollte endlich ein Rechnungsprozeß nach Preußischem Rechte möglich sein, wenn man die Entscheidung über die Leistung des Offenbarungseides für präjudiziell ansehen wollte, in denjenigen Fällen, in denen die Erörterung der Rechnung durch den Rechnungssteller selbst veranlaßt wird, z. B. wenn der Erbe die nach § 696 C.P.O. von ihm gegen den die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubiger anzustrengende Klage durch die Rechnungslegung über seine Verwaltung des Nachlasses und über die

---

[175]) Entsch. O.H.G. Bd. 6 S. 218, 14 S. 88. — Entsch. des Reichsger. Bd. 20 S. 268.

[176]) Entsch. des Reichsger. Bd. 33 S. 316 und bei Gruchot Bd. 35 S. 149. — Eccius Bd. 2 S. 227 (1892) Anm. 12a. — Basch, Vierhaus a. a. O.

von ihm gezogenen Nutzungen begründen will?[177]) In solchem Falle könnte der Gläubiger im Wege der Widerklage die eidliche Bestärkung der Rechnung verlangen, wie dies näher von Boas bei Gruchot Bd. 30 S. 265 ff. ausgeführt ist.[178])

Ebenso würde sich die Sachlage gestalten, wenn der Geschäftsführer unter Bezugnahme auf die von ihm gelegte Rechnung, welche er im gegebenen Falle erst im Prozesse selbst vorzulegen braucht,[179]) neben dem Anspruche auf Zahlung eines ihm aus der Geschäftsführung zustehenden Saldo einen solchen auf Abnahme der Rechnung oder Quittungsleistung erhebt, bezw. wenn er Abnahme oder Quittung verlangt ohne gleichzeitige Forderung eines Ueberschusses, lediglich zu dem Zwecke, um auch seinerseits Klarheit der Verhältnisse bezw. endgültige Auseinandersetzung mit dem Geschäftsherrn herbeizuführen, was er nach dem in den §§ 143 ff. I 14 A.L.R. zum Ausdruck gekommenen Prinzipe, welches für alle Fälle der Rechnungslegung gilt,[180]) thun kann.[181]) Das Reichsgericht sagt in letzterer Beziehung:

„Ein Grund, den Anspruch auf Quittungsleistung auf die Fälle des Verwaltungsvertrages und der Vormundschaft einzuschränken, ist nicht ersichtlich. Vielmehr ist davon auszugehen, daß § 145 l. c. keine singuläre Vorschrift enthält, sondern ein allgemeines Prinzip zum Ausdruck bringt.

Dasselbe besteht darin, daß der Rechnungspflichtige, der ordnungsmäßig Rechnung gelegt und diese berichtigt hat, gleich jedem Schuldner Quittung vom Rechnungsherrn fordern kann". In Betreff des B.G.B. kann dies nach § 368 keinem Bedenken unterliegen. Da hiernach (vergl. Motive Bd. II S. 88 zu § 269) die Vorschrift, daß der

[177]) cf. Jur. Wochenschr. 1895 S. 72 Nr. 22, S. 130 Nr. 20. — Struckmann und Koch zu § 696 C.P.O.

[178]) Die Zwangsvollstreckung gegen Erben wegen Geldforderungen im Geltungsbereiche des Preuß. A.L.R. — cf. Gruchot Bd. 34 S. 936, Bd. 37 S. 416.

[179]) cf. Gruchot Bd. 24 S. 1095.

[180]) Jur. Wochenschr. 1891 S. 225 Nr. 16 (Gruchot Bd. 27 S. 741, 32 S. 989). — Entsch. des Reichsger. Bd. 4 S. 299, 28 S. 346. — J.M.Bl. 1883 S. 234. — Rehbein a. a. O. Bd. 1 S. 674 ff., 3 S. 193. — Koch, Proz.Ord. zu Tit. 45 I § 6 A.G.O. Anm. 1a.

[181]) Weiske, Rechtslexikon. — cf. Klewitz a. a. O. S. 33. — v. Canstein a. a. O. S. 73. — Fischer und Henle zu § 273 B.G.B. Anm. 3.

Gläubiger gegen Empfang der Leistung ein schriftliches Empfangsbekenntniß (Quittung) zu ertheilen hat, für alle Fälle der Erfüllung einer Verbindlichkeit gilt und der Schuldner hierauf klagen kann, so wird man ihm somit auch den Anspruch auf Abnahme der Rechnung zubilligen müssen.[182])

Mit der Letzteren kann ein negativer Anerkenntnißvertrag (cf. § 397) verbunden werden.[183]) Voraussetzung dieses Verfahrens ist unter allen Umständen die Vorlage einer Rechnung, auf Grund deren ohne Weiteres verhandelt werden kann. Hier gehört die „Abnahmefähigkeit" zur Substantiirung des betreffenden Klageanspruchs. Der Kläger bleibt übrigens nach dem geltenden Rechte an die einmal gelegte Rechnung gebunden,[184]) natürlich unter Vorbehalt des Nachweises der Unvollständigkeit oder Unrichtigkeit derselben seinerseits. Es ist jedoch Abnahme und Quittungsleistung zu unterscheiden.[185])

Während Letztere Anerkennung der Richtigkeit bedeutet, ist Erstere nur als Annahme aufzufassen. Durch dieselbe wird lediglich eine Erklärung über die äußere Ordnungsmäßigkeit und Vollständigkeit abgegeben, gegen welche aber der Beweis der durch Auslassung bestimmter Geschäfte hervorgerufenen Unvollständigkeit, von Rechnungsfehlern[186]) und betrüglichen Handlungen sämmtlichen Interessenten offen bleibt.[187]) In beiden Fällen genügen unter Umständen konkludente Handlungen und stillschweigende Willenserklärungen.[188]) Sind über den Rechnungsabschluß anderweitige Vereinbarungen obenbezeichneter Art getroffen, dann richtet es sich nach diesen, ob bezw. in wie weit eine Anfechtung

---

[182]) cf. Motive zu § 1688 Entw. I Bd. IV S. 1161; S. 1188, 1189. — Haidlen a. a. O. S. 428.

[183]) cf. Motive zu § 291 Entw. I Bd. II S. 116. — v. Jecklin bei Gruchot Bd. 37 S. 97.

[184]) Gruchot Bd. 32 S. 987 ff. — O.H.G. Bd. 3 S. 268. — cf. Entsch. des Reichsger. Bd. 14 S. 253.

[185]) cf. Eccius (1892) Bd. 2 S. 350 und 351 bezüglich der Wirkung der Quittungsleistung. — Koch zu § 145 I 14 A. L.R.

[186]) cf. Gruchot Bd. 40 S. 374. — Jur. Wochenschr. 1896 S. 113 Nr. 57.

[187]) cf. § 263 C.P.O. — Makower und Puchelt zu Art. 294 H.G.B. — Entsch. des Reichsger. Bd. 12 S. 77, 13 S. 51, 21 S. 80 ff. — Gruchot Bd. 36 S. 437 und Eccius (Bd. 4 S. 212) bezüglich des Verhältnisses zwischen Vormund und Mündel. — Mot. Bd. IV S. 1161, 1184.

[188]) Rehbein (O.T.B.) Bd. 2 S. 674. — O.H.G. Bd. 4 S. 351, 10 S. 190. — O.T.B. Bd. 2 S. 291 ff. — Haidlen S. 423 zu § 363.

wegen error in calculo, Irrthums, Betrugs statthaft ist oder nicht.[189]) Das B. G.B. hat in dieser Hinsicht bezüglich der Rechenschaftsablage besondere Anordnungen nicht getroffen. (cf. §§ 429 ff. I 16 A. L.R.) Es kommen die Vorschriften über Irrthum (vergl. § 263 C.P.O.) und ungerechtfertigte Bereicherung in Frage.[190]) Aus letzterem Grunde ist auch Art. 294 H.G.B. im neuen H.G.B. gestrichen worden. (Vergl. Denkschrift dazu S. 421.) Ebenso bestimmt sich, wenn die Rechnung im Rechnungsprozesse festgestellt ist, der Umfang und die Wirkung der Rechtskraft des betreffenden Urtheils nach den allgemeinen Regeln.

Aus der Annahme, daß durch die Einstellung der einzelnen Post bezw. durch das entsprechende Zugeständniß weder für den einen noch für den anderen Theil ohne Weiteres ein Forderungsrecht begründet wird, folgt noch, daß vor stattgehabter Auseinandersetzung der Parteien über das der Rechnung zu Grunde liegende Rechtsverhältniß ein einzelner Posten der Rechnung nicht aus derselben herausgenommen und besonders eingeklagt, bezw. daß ein solcher Posten auch nicht in einem anderen Prozesse zur Kompensation gestellt werden darf.[191]) Er hat eben keine selbständige Existenz. Seine Bedeutung tritt erst bei Feststellung des Rechnungsabschlusses hervor, welcher Letztere, wie gesagt, auch wiederum seinen Werth durch die Beziehung zu dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse und durch den mit der Rechenschaftsablage zu verfolgenden jedesmaligen Zweck erhält. Die Rechenschaftsablage enthält ihren Werth also nicht in sich.

Die Klage auf Rechenschaftsablage ist nicht Selbstzweck. Das jedesmalige Interesse, das aus den konkreten Umständen zu entnehmen ist, ist bei Feststellung desselben maßgebend. Die Maximalhöhe bezeichnet der Hauptanspruch, der künftig zu realisiren ist. Es ist lediglich nach Maßgabe des einzelnen Falles auf Grund arbiträren Ermessens gemäß § 3 C.P.O. zu schätzen.[192]) Hiernach ist auch der

[189]) cf. Reichsger. Bd. 21 S. 80. — Goenner a. a. O. S. 113. — Weiske a. a. O. Bd. 9 S. 136 Anm. 5. — Hesse a. a. O. S. 58 ff. — Strieth. Arch. Bd. 4 S. 61. — cf. §§ 1395, 1396 Sächs. bürgerl. Gesetzb.

[190]) Denkschr. S. 139.

[191]) Sintenis zu § 991 Sächs. bürgerl. Gesetzb.

[192]) Gruchot Bd. 18 S. 433. — Jur. Wochenschr. 1882 S. 174, 1894 S. 542 Nr. 2.

Werth des Streitgegenstandes im Rechnungsprozesse zu berechnen.[193]) Wird gleichzeitig der Hauptanspruch geltend gemacht, so ist der Anspruch auf Rechenschaftsablage als Nebenforderung im Sinne des § 4 C.P.O. zu behandeln.[194])

Da im Rechnungsprozesse nur über die Vollständigkeit oder Richtigkeit der Rechnung entschieden wird, so muß übrigens das Urtheil über die Kosten einer etwaigen Beweisaufnahme, selbst wenn Letztere die Folge mangelhafter Belege sein sollte, im Falle eines für den Rechnungssteller günstigen Beweisergebnisses nach den prozessualischen Vorschriften ergehen. Ob dem Rechnungssteller nach der bezeichneten Richtung hin ein Verschulden zur Last fällt, welches ihn für diese Kosten ersatzpflichtig macht, ist bei der nach dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse zu ordnenden Auseinandersetzung zu erörtern. Schadensansprüche irgend welcher Art sind niemals Gegenstand des Rechnungsprozesses.[195])

Dies gilt auch hinsichtlich einer Entscheidung über die Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides. Im Falle einer Verurtheilung sind somit dem Rechnungssteller die Prozeßkosten aufzuerlegen.

Was dagegen die Kosten der Abnahme des Eides betrifft, so hat nach § 261 Abs. 3 der Rechnungsherr dieselben zu tragen, denn die Eidesleistungspflicht wird nicht erst durch das Urtheil begründet, die Leistung des Eides geschieht vielmehr, wie gesagt, in Erfüllung der durch das Urtheil klargestellten, aus dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse folgenden Eidespflicht. Die durch Erfüllung dieser Pflicht entstehenden Kosten gehören ebenso wie die der Rechenschaftsablage selbst zu den abzugsfähigen Unkosten.[196])

Soweit sie der Rechnungssteller verschuldet hat, könnten sie nach Obigem möglicherweise bei der Auseinandersetzung geltend gemacht werden. Dadurch würde das Bedenken von Bingner[197]) zu Abs. 3 § 261, das auch Grützmann[198]) theilt, indem Ersterer sagt: „Die

[193]) Gruchot Bd. 33 S. 1129.

[194]) Reichsger. Bd. 29 S. 395.

[195]) Siebenhaar, Lehrb. d. Sächs. Privatr. S. 690. — Schletter, Jahrb. d. deutsch. Rechtswissensch. 2c. Bd. 7 S. 326.

[196]) Vergl. §§ 2215 Abs. 5 und 2314, in denen derselbe Grundsatz zum Ausdruck gekommen ist. — Goenner, Handb. des deutsch. Gem.Proz. Bd. IV S. 119. — Rheinische C.P.O. § 532.

[197]) S. 745 a. a. O.

[198]) a. a. O. Bd. 4 Heft 6 S. 342.

Erwägung, daß der Verpflichtete durch nicht hinlänglich sorgfältige Angaben das Verlangen des Eides verschuldet hat, wird in den Protokollen der Kommission gar nicht erwähnt" beseitigt werden. Die Kommission soll der Ansicht gewesen sein, daß die Kosten tragen müsse, wer den Eid fordere, weil er dabei ein besonderes Recht geltend mache, ähnlich wie wenn ein Schuldner Quittung in Form einer öffentlichen Urkunde verlange.

Und nach den Motiven zu §§ 269, 270 Bd. II S. 89 rechtfertigt sich die Pflicht zur Kostentragung in dem letzterwähnten Falle dadurch, daß der Gläubiger als solcher dem Schuldner zu einer besonderen Leistung nicht verpflichtet ist, sondern hierzu nur durch eine positive, lediglich das Interesse des Schuldners im Auge habende Bestimmung angehalten wird, sowie, daß derselbe anderenfalls nur unvollständig befriedigt werden würde. Die Manifestationspflicht beruht aber auf einer Leistungspflicht des Schuldners.

Ebenso heißt es in der Denkschrift S. 72, daß der Anspruch auf Leistung des Offenbarungseides ein dem Berechtigten für besondere Fälle zur Verfügung stehendes Mittel sei und es deshalb der Billigkeit entspreche, daß, wer von diesem Mittel Gebrauch mache, die Kosten trage.

Tritt übrigens Zwangsvollstreckung gemäß § 774 ein, so treffen diese Kosten natürlich den Rechnungssteller. —

Ergeben obige Ausführungen über die Manifestationspflicht nun als Tendenz des B.G.B. die möglichste Einschränkung derselben, so bietet es andererseits, wenn man Erstere für zutreffend erachtet, doch dem richterlichen Ermessen auch die Mittel zur Ausgleichung im etwaigen Falle der Nothwendigkeit, was ebenso, wie gesagt, gilt gegenüber der Begrenzung des Kreises derjenigen, welche der Pflicht zur Rechenschaftsablage unterliegen.

2.

Versuch einer Erklärung des § 1989 des B.G.B.

Von **Dr. Ernst Fleck** in München.

Was hat man sich beim § 1989 B.G.B. unter der „entsprechenden Anwendung des § 1973 B.G.B." eigentlich vorzustellen? Soll etwa ein Gläubiger nach acceptirtem Zwangsvergleich nur das Recht haben, sich in der im § 1973 detaillirt vorgeschriebenen Weise blos an die Nachlaßwerthe zu halten, oder darf er in Höhe der Zwangsvergleichsquote auch den Erben persönlich verantwortlich machen, also auf dessen eigenes Vermögen zurückgreifen? Liegt, wenn die erste Eventualität — also die beschränkte Haftung — als die dem Sinne des Gesetzes entsprechende ermittelt wird, nicht eine Ungerechtigkeit darin, daß der Gläubiger im Zwangsvergleich bedingungslos auf einen Theil seiner Forderung verzichtet und dennoch nur die Nachlaßsachen für sich als Deckung soll in Anspruch nehmen können?

Im ersten Entwurf stand an der Stelle des jetzigen § 1989 der § 2118. Dieser lautete:

Verbleibt im Konkurse über den Nachlaß dem Erben nach der Vertheilung der Konkursmasse ein Ueberschuß, so ist der Erbe, soweit der Ueberschuß reicht, verpflichtet, die noch unbefriedigten Nachlaßgläubiger zu befriedigen. . . . Die Motive (Bd. 5 S. 640) bemerken hierzu:

„Im Konkurse über den Nachlaß kann nach der Vertheilung an die Gläubiger dem Erben ein Ueberschuß bleiben. Diesen Ueberschuß ihm auch dann zu belassen, wenn noch Gläubiger vorhanden sind, welche sich nicht gemeldet haben oder überhaupt noch nicht befriedigt sind, erscheint unzulässig. . . . Vermieden ist, ausschließlich von den im Konkurse nicht gemeldeten Gläubigern zu sprechen, da selbst

gemeldete Forderungen unter Umständen, z. B. bedingte Forderungen, nicht zur Befriedigung gelangen und den Konkurs überdauern.

Legt man diese Ausführungen zu Grunde, so bezog sich der § 2118 Entw. II hauptsächlich auf die Rechtsstellung derjenigen Gläubiger, die ihre Forderungen nicht angemeldet hatten, die daher auch nicht befriedigt waren. Sie sollten durch die bereits vorher erfolgte Ausschüttung der Masse keinen Schaden erleiden, soweit der Erbe durch die Erbschaft noch bereichert ist. Ebenso sollte es mit andern unbefriedigten Gläubigern gehalten werden.

Durch die zweite Kommission erhielt der Paragraph — siehe § 1864 des zweiten Entwurfs — die Fassung, in der er als § 1989 in das B. G.B. aufgenommen ist. Die einzige Veränderung, die die zweite Kommission mit dem Paragraphen, soweit er uns interessirt, vornahm, war die Berücksichtigung der Beendigung des Konkurses durch Zwangsvergleich. Offensichtlich ging die Kommission davon aus, daß durch die Inserirung der Worte „oder durch Zwangsvergleich" eine Aenderung der materiellen Grundsätze nicht vorgenommen sei und nicht vorgenommen werden sollte. In der Zusammenstellung von Reatz findet sich keine dahin zielende Bemerkung. Die Protokolle der zweiten Kommission selbst — siehe Seite 7943 bis 7948 — ergeben denn auch, daß man sich ausschließlich mit einer andern Frage beschäftigt hat, nämlich mit der, ob cum oder pro viribus hereditatis gehaftet werden solle. Demnach ist anzunehmen, daß auch die zweite Kommission von der Ansicht ausging, der § 1864 — jetzt § 1989 — enthalte die Regel über den Zugriff derjenigen Gläubiger, die sich an dem durch Ausschüttung der Masse resp. durch Zwangsvergleich beendeten Konkurs nicht betheiligt haben oder nicht befriedigt werden konnten,[1]) also, um es kurz, allerdings nicht ganz korrekt, zu sagen, die Regel über den Zugriff der unbefriedigten Gläubiger.

Stimmt das Resultat, das wir aus der Entwicklungsgeschichte und aus den Materialien gewonnen, überein mit der Auslegung des § 1989, wie sie durch den systematischen Zusammenhang des Gesetzes geboten wird? Das ist die Frage, die uns im Folgenden zu beschäftigen haben wird. Sie lautet, präzis gefaßt, dahin: In

[1]) Nicht angemeldete Forderungen einer-, bedingte Forderungen andererseits.

welchen Fällen haftet der Erbe nach Beendigung des Nachlaßkonkurses durch einen Zwangsvergleich lediglich cum viribus hereditatis in der im § 1973 näher dargelegten Weise?[2])

Der Normalfall bei einem gewöhnlichen Zwangsvergleich ist der, daß der Kridar mehr bietet, als in der Masse liegt, denn sonst würden die Gläubiger schwerlich auf ihr Nachforderungsrecht verzichten. Beim Nachlaßkonkurse ist es unter der Voraussetzung, daß der Erbe nicht unbeschränkt haftet, gewöhnlich umgekehrt. Der Erbe hat nur dann Veranlassung, einen Vergleichsvorschlag zu machen, wenn er weniger bietet, als was in der Masse liegt. Denn sonst thut er gut daran, sich um nichts zu bekümmern und dem Verwalter die Sorge für die Vertheilung zu überlassen. Wenn er sich Unbequemlichkeiten aussetzt, so will er profitiren. Das B. G.B. geht offensichtlich von demselben Gedanken aus; es setzt in den von uns zu besprechenden Paragraphen ja gerade voraus, daß der Erbe auch nach Auszahlung der von ihm gebotenen Akkordquote noch durch die Erbschaft bereichert ist.

Es erhebt sich hier sofort die Frage: Können die am Zwangsvergleich betheiligten Gläubiger für diejenige Quote ihrer Forderung, für welche sie keine Befriedigung durch die vom Erben gezahlten Prozente erlangten, die Herausgabe des überschüssigen Theiles der Nachlaßmasse verlangen? Gesetzt: A habe eine Forderung von Mk. 1000. Die Erbschaftsmasse enthalte etwa 90 % aller Forderungen, der Erbe bietet 80 % der Masse und zahlt; kann nun A pto. der noch fehlenden 20 % die Nachlaßstücke, die sich im Besitz des Erben befinden, in Höhe von 1/9 der ganzen Erbmasse[3]) angreifen? Wenn man lediglich den Wortlaut des § 1989 in Betracht zieht, so wäre es möglich, zu einer bejahenden Antwort zu kommen. Man würde dann zu argumentiren haben: Nach § 1973 B. G.B. beschränkt sich die Haftung des Erben auf die Kräfte des Nachlasses, dafür hat er aber auch den Gläubigern alles herauszugeben, was er an Nachlaß-

[2]) Die Haftung nach § 1973 ist nämlich keineswegs eine reine Haftung cum viribus; deshalb der Zusatz: „in der im § 1973 näher dargelegten Weise".

[3]) Denn daran ist natürlich nicht zu denken, daß für die 20 % die ganzen Nachlaßstücke haften. Da der Erbe nach § 1973 B. G.B. nur den Ueberschuß herauszugeben hat, so bleiben, nachdem er von 90 % Masse 80 % ausgezahlt hat, nur 10 % gleich 1/9 der ganzen Masse übrig.

stücken in Händen hat; nichts darf bei ihm zurückbleiben; die Nachlaßgläubiger haben das Recht auf jedes Stück der Erbschaft. Als Sinn des § 1989 B.G.B. speziell ergiebt sich bei dieser Auffassung: Soweit der Konkursverwalter nicht vertheilt, muß der Erbe, auch wenn er einen Zwangsvergleich abgeschlossen hat, vertheilen, bis jede Bereicherung geschwunden ist. — Daß eine solche Ansicht möglich, daß sie sogar eigentlich die logisch richtige ist, ergiebt unter Anderm die Thatsache, daß in der ersten Kommission — siehe Motive Bd. 5 S. 639 — geltend gemacht war, der Zwangsvergleich dürfe, wenn es sich um einen Nachlaßkonkurs handle, nicht zugelassen werden, denn der Nachlaß sei ein Vermögen, welches als Ganzes nur deshalb noch zusammengehalten werde, um zur Befriedigung der Gläubiger zu dienen; ein solches Vermögen müsse seiner Bestimmung gemäß ungehemmter konkursmäßiger Vertheilung unterworfen sein. — Wie man sieht, erscheint hier als Prinzip die Forderung: Theilung bis auf den letzten Rest; der Erbe soll nichts erhalten.

Indessen ist es andererseits klar, daß dieser Standpunkt den Bestimmungen des Gesetzbuches, wie sie nun einmal positiv vorliegen, nicht gerecht wird. Für diejenigen, welche den § 1989 auf die Gläubiger beziehen, die sich am Zwangsvergleichsverfahren betheiligten, ist wiederum eine doppelte Interpretation denkbar. Man kann entweder annehmen, daß sowohl die Forderung aus dem Zwangsvergleich als auch die Restforderung des Nachlaßgläubigers,[4]) also zwei Gruppen von Forderungen, lediglich auf die zur Nachlaßmasse gehörigen Sachen gehen, das persönliche Vermögen des Erben also unberührt lassen. Oder sie konstruiren sich die Sache so, daß die Forderung aus dem Zwangsvergleich den Erben persönlich — also ohne Haftungsbeschränkung — ergreift, daß aber der Rest der Forderung Befriedigung lediglich aus den Nachlaßmitteln zu suchen hat.

Die erste Eventualität — Haftung lediglich mit den Kräften der Erbschaft auch hinsichtlich der Zwangsvergleichsquote — ist sicherlich zu verwerfen. Was hätte unter diesen Umständen die den Gläubigern und dem Erben gebotene rechtliche Möglichkeit, einen Zwangsvergleich zu schließen, faktisch für einen Werth? Warum sollte

[4]) Derjenige Theil seiner Forderung, der durch die Zwangsvergleichsquote nicht gedeckt ist.

der Erbe einen Zwangsvergleich beantragen und sich selbst der Mühe und dem Risiko unterziehen, den Nachlaß den gesetzlichen Anordnungen entsprechend zu liquidiren, wenn er nach Abschluß des Vergleiches in demselben Umfange haftet wie vorher? Bei dieser Auslegung des § 1989 B. G.B. würde sich der Erbe durch den Abschluß eines Zwangsvergleiches sogar in eine ungünstigere Position versetzen, als wenn er davon Abstand nimmt und die Vertheilung ruhig dem Konkursverwalter überläßt. Er setzt sich zunächst Exekutionen aus — siehe § 1973 Abs. 2, wo ausdrücklich auf die Zwangsvollstreckung verwiesen wird —. Der Besuch eines Gerichtsvollziehers ist niemals angenehm, selbst wenn es sich blos um eine Exekution in Nachlaßgegenstände handelt. Auch in dieser Modifikation kann eine Zwangsvollstreckung kreditschädigend wirken, denn der Außenstehende kann es dem Pfandakte nicht ansehen, daß es sich hier um eine Exekution für eine materiell fremde Schuld und blos um die Versiegelung von Erbschaftssachen handelt. Dazu kommt noch das nicht unbedeutende Risiko, welches der Erbe läuft, wenn er die Rangordnung des § 1973 nicht beobachtet. Die Denkschrift — S. 264 — konstatirt ausdrücklich, daß in dem Versuche, den Nachlaß selbst zu verwalten und zu bereinigen, eine Gefahr für den Erben selbst wie für den Gläubiger liege. Bei der Selbstverwaltung drohen dem Erben schließlich noch recht unangenehme Prozesse. Eine wahre Fundgrube für Rechtsstreitigkeiten ist z. B. die Frage, ob der Gläubiger seine Forderung vor oder nach der Befriedigung der Pflichttheilsverbindlichkeiten, der Vermächtnisse und Auflagen geltend gemacht oder nicht, ob und in wie weit der Erbe ungerechtfertigt bereichert ist [5]) mit allen den vielen kleinen Nebenfragen. Und das alles sollte der Erbe übernehmen für Nichts?

Wie käme ferner die Kommission dazu, in den Vorschlägen zur Aenderung und Ergänzung der Konkursordnung im engen Anschluß an die sonstigen Bestimmungen über den Zwangsvergleich einen Paragraphen — den § 206 — zu formuliren, der lautet:

„Ein Zwangsvergleich kann nur auf den Vorschlag aller Erben geschlossen werden."

[5]) Bereicherungsklagen sind, wie jeder Praktiker weiß, die unangenehmsten Prozesse.

„Die Gläubiger, welchen die im § 205 k Nr. 2 bis 5 bezeichneten Ansprüche zustehen, nehmen an der Schließung des Zwangsvergleichs nicht Theil: sie sind jedoch vor der Bestätigung des Zwangsvergleichs zu hören . . .?“ *)

Es widerspräche den einfachsten Geboten der juristischen Technik und des juristischen Styls, wenn ein Gesetzgeber in demselben Gesetze dicht hintereinander den Ausdruck „Zwangsvergleich“ in zwei durchaus verschiedenen Bedeutungen verwendet hätte, einmal als Mittel zur definitiven Beschränkung des Gläubigers auf eine Quote, das andere Mal lediglich als Feststellung einer vorläufigen Abschlagszahlung. Wäre das wirklich der Fall, so hätte — wenn auch nur mit einem Worte — die weitgehende begriffliche Differenz desselben Ausdruckes angedeutet werden müssen, ganz besonders, da das Wort „Zwangsvergleich“ ein ausgesprochener terminus technicus für die zuerst gedachte Alternative ist.

Demnach scheint mir sicher, daß wir auch im B. G. B., wenn das Gesetz vom „Zwangsvergleich“ redet, den gewöhnlichen Sinn unterstellen müssen: der acceptirte Zwangsvergleich ist auch im Nachlaßkonkurs als Festsetzung einer endgültigen Abfindung aufzufassen; der Gläubiger, welcher die Zwangsvergleichsquote zu fordern hat, kann also nicht auch noch die Restforderung geltend machen. Wir gelangen also insofern zu einer Antwort auf die erste der uns beschäftigenden Fragen, als wir feststellen können, daß nach Abschluß eines Zwangsvergleiches keine Mehrforderungen mit Bezug auf den ungedeckten Rest gestellt werden können. Das oben erörterte Problem vereinfacht sich daher jetzt schon bedeutend. Als Zweifelspunkt bleibt lediglich die Frage übrig: Haftet der Erbe für die Zwangsvergleichsquote selbst lediglich mit der Nachlaßmasse, soweit sie sich in seinen Händen befindet, oder auch mit seinem persönlichen Vermögen? Haben wir es, um es kürzer auszudrücken, mit einer beschränkten oder unbeschränkten Haftung für die Zwangsvergleichsquote zu thun?

Wie wenig der Wortlaut des § 1989 B. G. B. den Anforderungen juristischer Exaktheit genügt, ergiebt sich daraus, daß er mit beiden Auffassungen sich verträgt. Was insbesondere die Meinung anbelangt,

*) Die übrigen Bestimmungen interessiren vorderhand nicht.

daß es dem Nachlaßgläubiger verwehrt sei, für die ihm vergleichsweise zugestandene Summe das persönliche Vermögen des Erben in Anspruch zu nehmen, so läßt sich für sie folgendes anführen: Der Konkurs wird bekanntlich nicht erst beendigt durch Zahlung der Zwangsvergleichsquote, sondern bereits durch die Bestätigung des Zwangsvergleichs. Es scheint demnach, daß unser Paragraph gerade den Umfang der Zahlungspflicht aus dem Zwangsvergleich regeln will und zwar nach dem an und für sich ganz annehmbaren Prinzip, daß der beschränkt haftende Erbe niemals gezwungen werden soll, ein Stück seines persönlichen Vermögens als Befriedigungsmittel den Gläubigern darzubieten. Es läßt sich sogar nicht verkennen, daß auf den ersten Blick diese Interpretation als diejenige erscheint, welche dem Wortlaute des Gesetzes am Besten gerecht wird.

Allein es ist doch wohl Folgendes zu erwidern: Es ist bereits festgestellt, daß dem Zwangsvergleich im Nachlaßkonkurse prinzipiell dieselbe Wirkung beizulegen ist, wie dem Zwangsvergleich, welcher ein gewöhnliches Konkursverfahren beendigt. Damit würde wenig harmoniren, wenn die Gläubiger, trotzdem sie einen Abstrich von dem machten, was sie bei konkursmäßiger Realisirung der Erbschaftsmasse aus dieser erhalten würden, wiederum blos auf die Nachlaßgegenstände beschränkt bleiben sollten. Welche Veranlassung sollte ein Gläubiger haben, auf einen so verklausulirten Zwangsvergleichsvorschlag einzugehen? Das Hauptmotiv, das ihn bewegt, zu konsentiren, ist die Möglichkeit, auf diese Weise schnell und ohne Unbequemlichkeiten eine, wenn auch geringere Summe zu erhalten. Wenn diese Erwartung sich nicht erfüllt, wenn er auch nach Abschluß eines Zwangsvergleiches sich genöthigt sieht, den zeitraubenden Umweg, wie ihn § 1973 B. G.B. vorschreibt, mit seinen prozessualen Schwierigkeiten und Komplikationen zu wählen, so wird er sich sicherlich nicht darauf einlassen, auf das bei ordnungsmäßiger Liquidirung der Masse sich ergebende Mehr zu verzichten. Wird der Konkurs regulär abgewickelt, so weiß der Gläubiger, daß kein Gläubiger bevorzugt wird, und daß alles, was zum Nachlaß gehört, auch zur Befriedigung der Gläubiger verwandt wird. Wer bürgt ihm dafür, wenn der Erbe selbst die Vertheilung vornimmt? Mißtraut er ihm, so muß er unangenehme und schwierige Prozesse führen, deren Ausgang kaum vorher zu berechnen ist. Ich glaube auch nicht, daß es einen Gesichtspunkt giebt, der es rechtfertigen würde, eine

Zwangsvergleichsofferte, durch die sich der Erbe zur Zahlung einer bestimmten Quote verpflichtet, entgegen dem Wortlaut dahin auszulegen, daß sich der Erbe nicht persönlich, sondern nur als Inhaber der Nachlaßstücke verpflichten will. Weder im Gesetze noch in den Motiven findet sich eine Andeutung, die zu einer so künstlichen Interpretation auch nur die entfernteste Handhabe böte. Im Gegentheil; die Ausführungen der Motive — Bd. 5 S. 639 — gehen von dem Gedanken aus, daß man sich die Folgen des Zwangsvergleichs im Nachlaßkonkurs als die gewöhnlichen vorzustellen hat, also auf der einen Seite ein Verzicht des Gläubigers auf einen Theil der Befriedigungsmittel, dafür aber auch auf der anderen Seite sofortige Möglichkeit der Zwangsvollstreckung in Gemäßheit des § 179 K.O. gegen den Schuldner ohne Rücksicht darauf, ob der von der Exekution ergriffene Gegenstand zu seinem oder dem Nachlaßvermögen gehört. Es ist richtig, daß die Motive das nicht ausdrücklich aussprechen; sie setzen es aber als selbstverständlich voraus. Hätte das Gegentheil — die beschränkte Haftung — verordnet werden sollen, so hätten die Verfasser es sicherlich nicht verabsäumt, auf diese Singularität ausdrücklich hinzuweisen.

Die Behauptung, daß der Erbe nach Bestätigung eines Zwangsvergleiches stets nur mit den Mitteln des Nachlasses für die Zahlung der Vergleichssumme einzustehen gehalten sei, ist endlich schon deshalb unhaltbar, weil eine solche Anordnung praktisch bedeutungslos wäre. Kein verständiger Gläubiger würde sich auf eine solche Regelung einlassen; jeder würde verlangen, daß ihm für sein Opfer auch der Vortheil der persönlichen Haftung des Erben gewährt wird; schließt man einen Zwangsvergleich, so will man die Situation klären und nicht länger im Dunkeln tappen. Die Gläubiger würden also in allen Fällen verständiger Weise darauf bestehen müssen, daß der Erbe sich für die Zahlung der Zwangsvergleichsquote ausdrücklich persönlich verpflichtet. Die Vorschrift des § 1989 B.G.B. käme mithin nur dann in Anwendung, wenn die Gläubiger in Unkenntniß der gesetzlichen Bestimmung die Vergleichsofferte so auslegen, wie sie dem Wortlaute nach ausgelegt werden muß. Der Gesetzgeber würde also auf die Gesetzesunkunde spekuliren und den nichts ahnenden Gläubigern gewissermaßen eine Falle stellen. Es bedarf keiner Ausführung, daß man ihm eine solche Gesinnung nicht zutrauen darf.

Und wie sollte die beschränkte Haftung des Erben aus dem Zwangsvergleiche civilprozessualisch durchgeführt werden? Nach § 179 der K.O., dessen Veränderung nicht beantragt ist, findet aus dem rechtskräftig bestätigten Zwangsvergleich für die Konkursgläubiger, deren Forderungen festgestellt sind, die Zwangsvollstreckung unter entsprechender Anwendung der §§ 662—701 der C.P.O. statt. Einer der so allegirten Paragraphen — der § 695 C.P.O. — erklärt ausdrücklich:

> „Der als Erbe des Schuldners verurtheilte Beklagte kann die Beschränkung seiner Haftung nur geltend machen, wenn sie ihm im Urtheil vorbehalten ist."

Es bedarf also, damit der Gerichtsvollzieher die Exekution nicht auch auf Sachen des Erben ausdehnt, eines ausdrücklichen Vorbehalts im Zwangsvergleich. Wer soll ihn ertheilen? Der Konkursrichter? Welcher Paragraph berechtigt ihn dazu? Ferner: nach § 204 K.O. — der neuen Fassung — wird die Eröffnung des Verfahrens nicht dadurch gehindert, daß der Erbe für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftet? Nimmt man an, daß der § 1989 die beschränkte Haftung statuire, so wird das Opfer, das man den Gläubigern zumuthet, und damit auch die Anomalie immer größer. Obgleich der Gläubiger den Erben persönlich zu voll anfassen kann, soll er nach jener Auslegung gezwungen werden können, sowohl auf die Haftung in voller Höhe, wie auf die Haftung auch mit dem nicht zum Nachlaß gehörigen Vermögen zu verzichten! Ich vermag nicht einzusehen, welcher Grund den Gesetzgeber zu einer so einseitigen Stellungnahme zu Gunsten des Erben veranlaßt haben sollte. Man könnte allerdings einwenden, daß, wenn der Erbe bereits unbeschränkt für die Verbindlichkeiten einzustehen hat, auch die Forderung aus dem Zwangsvergleich sein persönliches Vermögen ergreife; der § 1989 setze voraus, daß der Erbe sich persönlich von jeder Verpflichtung frei gehalten habe — vergl. auch § 2013 B.G.B. So plausibel dieser Einwand auch klingt, so kommt man mit ihm von der Scylla in die Charybdis. Wer annimmt, daß die Forderung aus dem Zwangsvergleiche je nach den Umständen entweder blos den Nachlaß oder auch das gesammte Vermögen des Erben ergreift, der hat um so mehr Veranlassung, sich nach den Bestimmungen umzusehen, die dem Konkursrichter es ermöglichen, die Vollstreckungsklausel auf den Zwangsvergleich mit oder ohne Vorbehalt zu ertheilen. Es bedarf keiner Ausführung

daß die Konstatirung der Thatsache, ob der Erbe das Inventarrecht verloren hat und wem gegenüber, oft die sorgfältigsten Untersuchungen, die Aufnahme langwieriger Beweise fordert. Wie der Richter sich die Kenntniß dieser Thatsachen verschaffen soll, bleibt beim Schweigen des Gesetzes völlig im Dunkeln. Dies Schweigen ist bedeutungsvoll; es weist darauf hin, daß der Erbe aus dem Zwangsvergleich persönlich haftet.[7])

Eine Unbilligkeit gegen ihn kann man in diesem Resultat dann nicht erblicken, wenn und soweit es ihm möglich ist, die Höhe der von ihm zu entrichtenden Nachlaßverbindlichkeiten festzustellen. Durch Vergleich derselben mit der vorhandenen Nachlaßmasse kann er dann leicht berechnen, ob er gut daran thut, einen Zwangsvergleich zu bieten oder nicht. Dieser Satz, dessen Richtigkeit wohl kaum in Zweifel gezogen werden kann, bildet den Schlüssel zur richtigen Erklärung des § 1989 B. G.B.

Es darf nämlich nicht übersehen werden, daß der Erbe, welcher mit einem Zwangsvergleich durchgedrungen ist, dann in eine üble Lage geräth, wenn nicht alle Nachlaßverbindlichkeiten angemeldet sind. Ist der Zwangsvergleich perfekt geworden, so haftet er nach allgemeinen Grundsätzen auch dem Nichtangemeldeten in Höhe der zugesagten Quote. Da er die ihm unbekannten Forderungen bei der Berechnung der von ihm zu bietenden Prozente selbstverständlich nicht berücksichtigt hat noch berücksichtigen konnte, so stellt sich möglicherweise später heraus, daß er mehr geboten hat, als der Werth des Nachlasses beträgt. Diese Konsequenz würde mit dem Prinzip kollidiren, daß der Erbe nur cum resp. pro viribus hereditatis haftet, und mußte daher vermieden werden. Die sich ungesucht bei solcher Sachlage darbietende Analogie war die Verpflichtung des Erben gegenüber einem im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger. Auch hier war dasselbe Problem zu lösen. Die Billigkeit forderte einerseits die Berücksichtigung auch dieser Gläubigergruppe; andererseits lag die Gefahr nahe, den Erben zu mehr zu verpflichten, als die ihm zugeflossene Bereicherung betrug. Aus diesen Erwägungen entstand der § 1973 B. G.B. Die im Verhältniß zu anderen Gläubigern schlechtere Lage des Ausgeschlossenen ergab sich ungezwungen daraus, daß ihm in der

[7]) Es sei denn, daß er bei der Zwangsvergleichsofferte einen Vorbehalt gemacht hat.

Nichtbeachtung des Aufgebotsverfahrens eine — wenn auch nur objektive — Säumniß zur Last fiel, deren Folgen daher er, nicht der an der Nichtanmeldung schuldlose Erbe tragen muß. Eine ganz ähnliche Sachlage bestand für denjenigen Nachlaßgläubiger, der seine Forderung im Nachlaßkonkurse nicht angemeldet hatte und daher vom Erben bei der Berechnung der Vergleichsquote nicht mit berücksichtigt werden konnte. Auch hier hatte der Gläubiger eine öffentliche Aufforderung zur Anmeldung — die des § 103 K.O. — unberücksichtigt gelassen; auch hier drohen daraus Nachtheile für den anderen Theil — den Erben — zu entstehen, die, soweit es unbedingt nöthig ist, auf den Säumigen als ihren Urheber übergewälzt werden müssen. Der Gedanke, daß die konkursrechtliche Anmeldungsaufforderung derjenigen, die im Aufgebotsverfahren ergeht, gleichwerthig zu achten sei, liegt nicht nur von vornherein sehr nahe, sondern hat sogar im § 836 i. i. C.P.O. — neue Fassung — seinen prägnanten Ausdruck gefunden. Es heißt dort nämlich, durch die Eröffnung des Nachlaßkonkurses werde das Aufgebotsverfahren beendigt. Das Gesetz geht also offensichtlich davon aus, daß die Wirkungen beider Verfahren in Bezug auf die Verantwortlichkeit für Nachlaßschulden einander im hohen Grade ähneln. Demnach verwandelt sich der im Aufgebotsverfahren ausgeschlossene Gläubiger des § 1973 B. G.B. im § 1989 bei „entsprechender Anwendung" in den Gläubiger, der im Konkursverfahren die Anmeldung nicht beschafft hat. Soweit nach Befriedigung der in die Konkurstabelle eingetragenen Forderungen noch ein Ueberschuß übrig bleibt, soll auch ein nicht eingetragener Gläubiger zur Befriedigung gelangen. Die Ertheilung weitergehender Befugnisse — insbesondere also die Ausdehnung der persönlichen Haftung des Erben für die Zwangsvergleichsquote auch auf diese Kategorie — würde die berechtigten Interessen des Erben empfindlich stören und ist daher unannehmbar.

Mit dieser Feststellung ist indeß die Bedeutung des § 1989 keineswegs erschöpft. Außer denjenigen Gläubigern, die nicht Theil genommen haben, giebt es auch solche, die nicht Theil nehmen konnten. Es ist bereits oben der § 206 der K.O. — neue Fassung — citirt, nach der gewisse Gruppen vom Zwangsvergleichsverfahren ausgeschlossen sind. Es sind das insbesondere [8]) die Ansprüche von Pflicht-

[8]) Die Details interessiren hier nicht.

theilsberechtigten und die Forderungen aus Vermächtnissen und Auflagen. Verbindlichkeiten dieser Art werden — vergleiche § 205k der K.O neue Fassung — erst nach allen übrigen Verbindlichkeiten berichtigt. Ergiebt sich nach Auszahlung der Zwangsvergleichsquote noch eine Bereicherung, so sollen auf diesen Ueberschuß die im § 205k sub 2 bis 5 aufgeführten Gläubiger Anspruch machen können.

Das Facit ist also folgendes:

1. In Höhe der Zwangsvergleichsquote haftet der Erbe persönlich;
2. Nach Zahlung der Zwangsvergleichsquote ist der Gläubiger definitiv abgefunden; er kann für den Rest sich nicht etwa an Nachlaßsachen halten;
3. Der § 1989 B.G.B. bezieht sich auf a) die nicht angemeldeten und b) diejenigen Gläubiger, die am Zwangsvergleichsverfahren keinen Theil nehmen dürfen.

Wie man sieht, deckt sich die Feststellung sub 3 genau mit dem Resultat, welches wir aus der Entstehungsgeschichte und den Vorarbeiten erhielten, allerdings mit einer Ausnahme. Die Motive bezogen, wie wir oben sahen, unseren Paragraphen auch auf bedingte Forderungen, die angemeldet waren. Ich vermag dem Gesetze nicht zu entnehmen, daß der Paragraph auch diesen Fall mit umfaßt. Es dürfte auch keine Veranlassung vorliegen, in dieser Richtung hin den Erben besonders zu schützen; da die Forderung angemeldet ist, kann er in Bezug auf sie seine Kalkulation anstellen. Er muß sich klar darüber sein, daß eine bedingte Forderung, bei der man nicht wissen kann, ob die Bedingung eintritt oder ausfällt, einen ungewissen Faktor in der Berechnung bildet, und kann sich daher nicht darüber beklagen, wenn sie zur Existenz gelangt, während er das Gegentheil erhofft hat. Andererseits würden gewichtige Interessen des bedingten Gläubigers verletzt, wenn er mit dem, was übrig geblieben ist, abgespeist werden könnte, während er alles gethan hat, um einen Irrthum des Erben bei Abgabe der Vergleichsofferte zu verhüten.

Ist die vom Erben gebotene Summe größer als die Nachlaßmasse oder ihr gleich, so haftet nach den bisherigen Erörterungen der

Erbe in Gemäßheit seines Vorschlages persönlich; von einem Ueberschuß kann in diesem Falle begreiflicher Weise keine Rede sein.

In der bisherigen Litteratur des B. G.B. ist die uns hier interessirende Frage durchweg anders gelöst, theils im Einklang mit der Entstehungsgeschichte und der aus den Motiven sich ergebenden Interpretation, theils im Gegensatz zu derselben.

Zur ersten Gruppe gehört Strohal, der in seiner so ausgezeichneten Schrift „Das Deutsche Erbrecht nach dem B. G.B." auf Seite 143 sagt:

„Sofern der Erbe nicht schon zur Zeit der Eröffnung des Nachlaßkonkurses für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftete, hat er nach Beendigung des Konkurses durch Vertheilung der Masse oder durch Zwangsvergleich für die unbefriedigt gebliebenen Nachlaßverbindlichkeiten nur mehr nach den für die Haftung gegenüber einem ausgeschlossenen Gläubiger maßgebenden Grundsätzen zu haften (§ 1989, 2013)."

Es ist nicht ganz klar, was Strohal unter den „unbefriedigt gebliebenen" Nachlaßverbindlichkeiten versteht: der Ausdruck ist mehrdeutig. Bezieht er sich auf die Restquote, sodaß der vom Zwangsvergleich betroffene Gläubiger unter Beschränkung auf die Nachlaßobjekte volle, also über die Zwangsvergleichsquote hinausreichende Befriedigung verlangen kann, oder hat unser Paragraph diejenigen Gläubigergruppen im Auge, welche sich nicht angemeldet haben oder an dem Zwangsvergleichsverfahren keinen Theil nehmen dürfen, oder sind endlich auch diejenigen Forderungen gemeint, deren Fälligkeit von einer nicht eingetretenen Bedingung abhängt? Es ist wohl anzunehmen, daß die zu Zweifeln Anlaß gebende Sprechweise Strohals auf den Wortlaut des § 2118 des ersten Entwurfs zurückzuführen ist, und daß er der oben angeführten Deutung der Motive folgt, wonach der § 1989 a) von den nicht angemeldeten und b) den angemeldeten, aber nicht befriedigten Forderungen, also insbesondere von den bedingten Forderungen, redet. Eine genaue Begründung dieser Ansicht fehlt bei Strohal; sie war wohl auch mit dem Zwecke einer „kurzgefaßten Darstellung" der erbrechtlichen Materie unvereinbar. Hellmann, der in der kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und

Rechtswissenschaft[9]) das Strohal'sche Buch einer genauen Rezension unterzogen hat, scheint die in demselben vertretene Meinung zu theilen; wenigstens macht er in diesem Punkte keine Ausstellungen. Hierher ist auch Boehm zu zählen, der in seinem „Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches"[10]) ausführt:

„Hat der Erbe einen Ueberschuß behalten, so liegt kein Grund vor, diesen dem Erben zu belassen, wenn noch Gläubiger vorhanden sind, die am Verfahren nicht Theil genommen haben, oder die aus einem andern Grunde, z. B. im Falle des § 142 Abs. 2 K.O. nicht berücksichtigt sind. Diesen gegenüber haftet der Erbe soweit, daß er den Ueberschuß nach den Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung herauszugeben hat."

Wenn die bisher aufgeführten Schriftsteller zu Gunsten des Erben weiter gehen, als der von mir für richtig gehaltenen Ansicht entspricht, indem sie seine Haftung auch angemeldeten bedingten Forderungen gegenüber auf die Nachlaßstücke beschränken, so ist umgekehrt Lothar Seuffert[11]) und, wie mir aus persönlicher Mittheilung bekannt ist, auch E. A. Seuffert der Meinung, daß der § 1989 B.G.B. sich lediglich auf die Gläubiger des § 205k N. 2 bis 5 der K.O. in der neuen Fassung bezieht. Danach würden also auch diejenigen Gläubiger, welche ihre Forderungen nicht angemeldet haben, aus dem Zwangsvergleich das Recht herleiten dürfen, den Erben in Höhe der zugesicherten Quote persönlich und unbeschränkt verantwortlich zu machen, während nach der von mir vertheidigten Interpretation auch diese Kreditoren sich mit der noch vorhandenen Bereicherung zu begnügen hätten. Dieser Ansicht ist zuzugeben, daß der § 178 K.O. die Wirkung des Zwangsvergleichs zu Gunsten auch der nicht angemeldeten Gläubiger verfügt, und daß es bei einem gewöhnlichen Konkurse ebenfalls möglich ist, daß dem Gemeinschuldner einzelne Forderungen unbekannt sind — es hat z. B. sein Prokurist ohne seinen Willen Wechsel acceptirt —. Dieser Irrthum kann den Kridar veranlassen, eine größere Zwangsvergleichsquote zu bieten, als er offerirt haben würde, wenn ihm die wahre Schuldenlast bekannt gewesen wäre. Bedenklich

[9]) Bd. 39 S. 215ff.

[10]) S. 204 Note 4.

[11]) Siehe die Zeitschrift für Deutschen Civilprozeß von Busch Bd. 22 S. 518.

scheint, daß bei den Vorschlägen zur Revision der Konkursordnung der § 178 derselben einer Veränderung nicht unterzogen ist. Wäre es nicht, wenn der § 1989 B.G.B. wirklich für nicht angemeldete Forderungen nur eine beschränkte Befriedigung gewährt, korrekter gewesen, im § 178 der K.O. hervorzuheben, daß beim Nachlaßkonkurs die Wirkung des Zwangsvergleichs sich nur auf die theilnehmenden Gläubiger erstrecke? Spricht die Thatsache, daß das nicht geschehen ist, nicht für die Seuffert'sche Ansicht?

Das Gewicht dieser Einwände kann nicht verkannt werden. Absolut beweisend scheinen sie mir aber nicht zu sein. Der § 178 K.O. bezieht sich an und für sich nur auf das gewöhnliche Konkursverfahren; der Nachlaßkonkurs wird speziell erst im achten Titel der K.O. unter den besonderen Bestimmungen behandelt. Daß der § 178 K.O. keinen Hinweis auf den § 1989 B.G.B. enthält, ist daher nicht verwunderlich. Allerdings wäre dann eine Erwähnung unseres Paragraphen beim § 206 K.O. nicht unangebracht gewesen; allein nothwendig ist das nicht. Hat, wie in diesem Aufsatze angenommen wird, das B.G.B. mit hinreichender Deutlichkeit bereits verfügt, daß die günstigen Wirkungen des Zwangsvergleichs sich auf die nichtangemeldeten Forderungen nicht erstrecken, so bedurfte es nicht noch einer ausdrücklichen Wiederholung dieser Regel in der K.O.; man konnte sich dabei beruhigen, daß im B.G.B. das Erforderliche ja bereits gesagt war. Auch der Einwand, daß im gewöhnlichen Konkursverfahren ja auch ein Irrthum des Kridars über die Größe der Schulden vorkommen könne, ohne daß der Gemeinschuldner sich darauf berufen dürfe, ist meines Dafürhaltens nicht stichhaltig. Man übersieht dabei die charakteristische Differenz zwischen dem gewöhnlichen und dem Nachlaßkonkurse. Acceptirt der Prokurist Wechsel für den Prinzipal, so haftet dieser persönlich zu voll, einerlei, ob er die Schuld kannte oder nicht. Durch den Zwangsvergleich beschränkt er seine Haftung; er gewinnt also. Anders, sobald es sich um die Verpflichtung des Erben handelt, der durch rechtzeitige Beantragung des Nachlaßkonkurses sich der persönlichen Haftung entschlagen hat. Hier übernimmt er, wenn Lothar und E. A. Seuffert Recht haben, ohne seinen Willen durch den Zwangsvergleich eine persönliche Verpflichtung, die vorher nicht existirte. Ein solcher Rechtssatz könnte direkt zu illoyalen Spekulationen Anlaß geben, indem ein Hauptgläubiger des überschuldeten Nachlasses die Anmeldung seiner

Forderung möglichst lange hinausschiebt, um den nichts ahnenden Erben zu veranlassen, einen Zwangsvergleich zu bieten, der in Anbetracht der wirklichen Schuldenlast in keinem Verhältnisse zu der Größe der Nachlaßaktivmasse steht. Kein vorsichtiger Erbe würde sich unter solchen Umständen darauf einlassen können, einen Zwangsvergleich zu bieten, weil er bei der Möglichkeit der Existenz unangemeldeter Forderungen nicht wissen kann, welches Risiko er damit übernimmt. Ein solches Resultat wäre aber zu bedauern, denn auf dem Wege des Zwangsvergleichs wird rascher und weniger kostspielig liquidirt, als wenn das Konkursverfahren vollkommen durchgeführt würde.

Die Entscheidung der Frage, ob auch der nicht angemeldete Gläubiger des Nachlaßkonkurses den Erben auf Grund des Zwangsvergleiches zu voll und nicht blos bis zum Belaufe der Bereicherung in Anspruch nehmen kann, hängt in letzter Eventualität von der Stellung ab, die man zur Haftung des Erben für die Nachlaßschulden überhaupt einnimmt. Ist man der Ansicht, daß der Erbe in dieser seiner Qualität für die Schulden seines Erblassers an und für sich aufzukommen hat, und daß eine Beschränkung seiner Haftung etwas Exceptionelles sei, gewissermaßen ein anormales Privileg darstelle, so wird man sich eher mit den Seuffert'schen Ansichten befreunden können. Anders dagegen, wenn man prinzipiell den umgekehrten Standpunkt einnimmt. Wie die Denkschrift zum B.G.B. auf Seite 263 ausführt, geht nun aber das B.G.B. von der deutschrechtlichen Auffassung aus, daß die Nachlaßgläubiger an sich nur ein Recht auf Befriedigung aus dem Nachlasse haben, und daß der Erbe gegen die Gefahr, mit seinem eigenen Vermögen für die Verbindlichkeiten eines überschuldeten Nachlasses zu haften, thunlichst geschützt werden muß. Es ist richtig, daß diese Erklärung der Denkschrift autoritative Kraft nicht besitzt und daher die Interpretation nicht beeinflussen kann. Es sind denn auch bereits in der Litteratur andere Konstruktionen aufgetaucht.[12]) Allein auch derjenige, welcher wie Bingner und Strohal — Letzterer allerdings nicht so unbedingt wie Bingner — die persönliche Haftung in den Vordergrund stellt, wird doch nicht leugnen können, daß sie bei einem auch nur halbwegs verständigen Erben die Ausnahme sein wird, sobald die Gefahr der Ueberschuldung gegeben ist. Die Wege, auf denen man

[12]) Vergl. Strohal „Das Deutsche Erbrecht nach dem B.G.B." S. 128 ff.

sich von jeder persönlichen Verpflichtung befreien kann, sind nach dem B.G.B. so einfach und mühelos, daß als Wille des Gesetzgebers sich unschwer erkennen läßt: Der Erbe soll nur dann persönlich haften, wenn er will. Bei einer Kollision zwischen den Interessen des Erben und den Erbschaftsgläubigern ist also in dieser Hinsicht im Zweifel für den Erben zu entscheiden. Bei der Anwendung auf den § 1989 B.G.B. ergiebt sich daraus der Ausschluß der persönlichen Haftung des Erben gegenüber den nicht angemeldeten Forderungen.

3.

Das „Verschulden“ und die verwandten Begriffe im Bürgerlichen Gesetzbuche.

Von **Dr. jur. Richard Weyl**, Privatdozenten an der Universität Königsberg und Gerichtsassessor.

§ 1.

Vorbemerkung.

Als Ordnung des „Bürgerlichen Rechtes“ muß das Bürgerliche Gesetzbuch naturgemäß die Rechtsfolgen ins Auge fassen, welche ein schuldhaftes Verhalten nach sich zieht, mag es sich um bereits vorhandene Rechtsbeziehungen obligatorischer, sachenrechtlicher, familienrechtlicher oder erbrechtlicher Art handeln oder mag erst durch solches schuldhafte Verhalten eine neue Rechtsbeziehung, z. B. eine Pflicht zum Schadensersatze entstehen. Die Ausdrücke nun, mittels welcher das B.G.B. ein derartiges schuldhaftes Verhalten bezeichnet, sind so mannigfaltig, und die Rechtsfolgen so verschiedenartig und zugleich so wichtig für die Theorie und Praxis, daß es nothwendig und förderſam erscheinen wird, den einschlägigen Fragen eine gründliche Untersuchung zu widmen.

Es sollen deshalb zunächst (§§ 2—17) die einzelnen im B.G.B. begegnenden derartigen Begriffe auf ihre Anwendungsfälle und auf ihre Wirkungen geprüft werden. Sodann sollen sie (§§ 18 ff.) einer Abgrenzung gegen einander und einem Vergleiche mit einander unterzogen werden, und es sollen allgemeinere Fragen erörtert werden, wie Haftung für fremdes Verschulden, Einfluß konkurrirenden Verschuldens, Verschulden mehrerer Personen, Beweislast.

Dabei wird der Begriff des „Verschuldens“ als Thema dieser Untersuchung im weitesten Sinne gefaßt werden, d. h. unter

Heranziehung sowohl des subjektiven wie des objektiven Verschuldens und ferner unter Heranziehung nicht blos derjenigen Begriffe, welche bereits aus dem älteren Bürgerlichen Recht geläufig sind, sondern auch solcher Begriffe, welche vom B.G.B. neu aufgestellt worden sind oder doch bisher in den Gesetzen und in der Litteratur eine minder beachtete Rolle gespielt haben. Gerade dieser nicht blos äußerliche Unterschied der Begriffe soll für den ersten Theil, die Materialssammlung (§§ 2—17) der Anordnung zu Grunde gelegt werden. Innerhalb dieser durch die vorstehenden Andeutungen genügend klargelegten Disposition werden die einzelnen wichtigeren Punkte in gesonderten Paragraphen mit fortlaufender Nummerirung erörtert, um die Uebersicht und zugleich um die Verweisungen auf andere Stellen zu erleichtern.

Da den Zweck dieser Untersuchung lediglich die Klarstellung der angedeuteten Begriffe selber und ihrer Folgen bildet, soll es bei der Erörterung der einschlägigen Gesetzesstellen vermieden werden, die in ihnen sonst begegnenden, zur Interpretation verlockenden Begriffe[1]) einer genaueren Betrachtung zu unterziehen; dies wird vielmehr nur da geschehen, wo es im einzelnen für das Verständniß der Verschuldensformen und -folgen unentbehrlich ist.[2]) Ebenso wird der Vergleich mit dem bisherigen Rechtszustande und die Betrachtung der Entwickelungsgeschichte, welche die einzelnen Normen durchgemacht haben, auf das denkbar geringste Maaß beschränkt werden und eine breitere Darstellung dieser Punkte einer späteren Studie vorbehalten.

Erster Abschnitt (Materialssammlung).

§ 2.

Verschulden.

Das „Verschulden" überhaupt ohne nähere Bezeichnung seiner Art oder seines Grades wird in einer sehr großen Anzahl von Gesetzesstellen — 30 Hauptstellen, auf die dann zum Theil wieder in anderen Paragraphen verwiesen wird — erwähnt. Aus diesen Vorschriften lassen sich nachstehende Grundideen entwickeln.

I. Das Verschulden verpflichtet zum Schadensersatze. Dabei ist die Ausdrucksweise des B.G.B. zur Andeutung des Kausal-

---

[1]) z. B. in § 122 Abs. II die Begriffe „Richtigkeit" und „Anfechtbarkeit".

[2]) z. B. für § 823 Abs. I der Begriff „sonstiges Recht", für § 823 Abs. II der Begriff des „den Schutz eines Anderen bezweckenden Gesetzes".

zusammenhanges, welcher zwischen Verschulden und Schaden bestehen muß, sehr verschiedenartig.

1. Mehrfach wird nur gesagt, daß eine „weitergehende Haftung“ der Partei wegen Verschuldens neben einer vom Gesetze angeordneten Haftung für unverschuldeten Eintritt eines Schadens „unberührt bleibt“ bezw., daß letztere Haftung bestehe „unbeschadet der Verantwortlichkeit für ein Verschulden“.[3]) Dies ist der Fall:

a) Betreffs des Bestellers beim Werkvertrage (§ 645 Abs. II)[4]) neben seiner Haftung für Untergang, Verschlechterung und Unausführbarkeit des Werkes in Folge von Mängeln des von ihm gelieferten Stoffes oder in Folge einer von ihm für die Ausführung ertheilten Anweisung.

b) Betreffs des bösgläubigen Besitzers einer Sache (§ 990 Abs. II) bezw. nach Eintritt der Rechtshängigkeit betreffs des Obligationsschuldners (§ 292 Abs. I) und des Erbschaftsbesitzers (§ 2023 Abs. I) neben ihrer unten sub 2f und 3c zu besprechenden Haftung für Nutzungen und wegen Verschlechterung u. s. w. der Sache (aus §§ 987 und 989). Vergl. auch § 292 Abs. II und § 2023 Abs. II sowie §§ 347 (467), 818 Abs. IV, 1007 Abs. III Satz 2.

c) Betreffs des Vorerben (§ 2134 Satz 2) neben seiner Verpflichtung zum Ersatze des Werthes eines Erbschaftsgegenstandes, den er für sich verwendet hatte.

d) Betreffs des Nießbrauchers (§ 1039 Abs. I Satz 2) neben seiner Pflicht, dem Eigenthümer bei Beendigung des Nießbrauches den Werth solcher Früchte zu ersetzen, die er den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirthschaft zuwider oder zu Folge des Zwanges besonderer Ereignisse im Uebermaße gezogen hat.

2. Es haftet „wenn (soweit) ihm ein Verschulden zur Last fällt“ bezw. es hat „ein ihm zur Last fallendes Verschulden“ zu vertreten:

a) Wer als Vorstandsmitglied oder Liquidator eines eingetragenen Vereins (bezw. einer Stiftung, einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft, Stiftung oder Anstalt) den bei Ueberschuldung des Vereins zu stellenden Antrag auf Konkurseröffnung verzögert (§ 42 Abs. II Satz 2 und dazu §§ 53, 89 Abs. II).

---

[3]) Vergl. dazu wegen Einf.G. z. B.G.B. Art. 42 Nr. III § 9 auch unten sub 3d.

[4]) Vergl. hierzu auch Kohler in dieser Zeitschrift Bd. XIII (Berlin 1897) S. 256ff.

b) Wer — als Liquidator eines eingetragenen Vereins (bezw. einer Stiftung) vor Befriedigung der Gläubiger oder vor Ablauf eines Jahres nach Bekanntmachung der Auflösung des Vereins bezw. der Entziehung der Rechtsfähigkeit oder ohne Sicherheitsleistung seitens des Gläubigers einer streitigen bezw. zur Zeit unausführbaren Verbindlichkeit — den Anfallsberechtigten Vermögen ausantwortet oder die Vorschriften über die öffentliche Bekanntmachung der Auflösung oder der Entziehung der Rechtsfähigkeit oder über die Hinterlegung des einem bekannten Gläubiger geschuldeten Betrages verletzt (§ 53 in Verbindung mit §§ 50—52 und § 88).

c) Der Beauftragte, dem die Uebertragung des Auftrages an einen Dritten gestattet ist, betreffs der Uebertragung (§ 664 Abs. I Satz 2) und

d) demzufolge unter denselben Voraussetzungen wie sub c:

α) der Vorstand eines eingetragenen Vereins (§ 27 Abs. III);

β) der geschäftsführende Gesellschafter (§ 713) und

γ) der Testamentsvollstrecker (§ 2218 Abs. I).

e) Der Verwahrer, dem die Hinterlegung bei einem Dritten gestattet ist und der nunmehr „nur ein ihm bei dieser Hinterlegung zur Last fallendes Verschulden zu vertreten" hat (§ 691 Satz 2).

f) Der Besitzer einer Sache (und analog der Obligationsschuldner und der Erbschaftsbesitzer) betreffs seiner Pflicht, dem Eigenthümer (bezw. dem Gläubiger bezw. dem Erben) nicht nur die nach Eintritt der Rechtshängigkeit wirklich gezogenen Nutzungen herauszugeben, sondern auch für diejenigen Nutzungen Ersatz zu leisten, welche er vom Eintritt der Rechtshängigkeit bezw. als bösgläubiger Besitzer von der Zeit des Besitzerwerbes an nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirthschaft ziehen konnte (§ 987 Abs. II, § 990 Abs. I Satz 1). Vergl. auch die Citate sub 1 b a. E.

g) Der Pfandgläubiger, wenn er gegen gewisse für den Verkauf des Pfandobjekts geltende Vorschriften[5]) verstößt (§ 1243 Abs. II).

h) Wer die Uebernahme des Amtes als Vormund bezw. Gegenvormund bezw. Pfleger bezw. Beistand der Mutter (in Ausübung der „elterlichen Gewalt") ohne gesetzmäßigen Grund ablehnt (§ 1787 Abs. I, § 1792 Abs. IV, §§ 1897, 1915 Abs. I, 1694 Abs. I).

[5]) z. B. gegen die in § 1243 Abs. I nicht erwähnten Vorschriften der §§ 1234, 1236, 1237 Satz 2, 1238 Abs. I, 1241.

i) Der Vormund bezw. Gegenvormund bezw. Pfleger bezw. Beistand bei Pflichtverletzungen (§ 1833 Abs. I, §§ 1897, 1915 Abs. I, 1694 Abs. I).

k) Der Testamentsvollstrecker bei Pflichtverletzungen, die dem Erben oder Vermächtnißnehmer Schaden verursachen (§ 2219 Abs. I).

3. Ferner haftet:

a) Für den „durch sein Verschulden" herbeigeführten Schaden: wer bei suspensiv bedingter Berechtigung eines Andern während der Schwebezeit dessen Recht bezw. bei resolutiv bedingter Berechtigung des Anderen den Wiedereintritt des früheren Rechtszustandes vereitelte oder beeinträchtigte (§ 160 Abs. I und II).

b) Für den „von ihm verschuldeten" Schaden: der Gastwirth rücksichtlich eingebrachter Gelder, Werthpapiere und Kostbarkeiten auch über den Betrag von 1000 Mark hinaus (§ 702).

c) Für den in Folge seines Verschuldens" eingetretenen Schaden (Verschlechterung, Untergang oder sonstige Unmöglichkeit der Herausgabe): der zur Herausgabe der Sachen an den Eigenthümer (bezw. Obligationsgläubiger bezw. Erben) verpflichtete Besitzer (bezw. Schuldner bezw. Erbschaftsbesitzer) von der Rechtshängigkeit an, der bösgläubige Besitzer vom Erwerbe an (§§ 989, 990 Abs. I Satz 1). Vergl. auch die Citate sub 1 b a. E.

d) „Wegen eines (eigenen) Verschuldens" nach Maßgabe sonstiger gesetzlicher Vorschriften: der Unternehmer einer unter das sog. Reichshaftpflichtgesetz fallenden Anlage oder eine andere Person; sie haften im Falle der Tödtung oder Körperverletzung eines Menschen bei dem Betriebe der Anlage (Einf.G. z. B.G.B. Art. 42 Nr. III § 9.[6])

e) Für die Gefahr, die er selbst „verschuldet" hat: wer eine fremde Sache beschädigt oder zerstört, um eine durch sie drohende Gefahr von sich oder einem Anderen abzuwenden („Selbstvertheidigung", § 228 Satz 2). Vergl. auch § 498 Abs. II Satz 1.

4. Die sub 1 bis 3 erörterten Fälle beziehen sich theils auf kontraktliche, theils auf nicht kontraktliche aber doch obligationenrechtliche, theils auf nicht dem Obligationenrecht zugehörige Fälle.

a) Eine bestehende Kontraktsobligation[7]) ist bei der Verpflichtung

[6]) Ebenso bereits die Ausdrucksweise in § 9 I des sog. Reichshaftpflichtgesetzes (vom 7. Juni 1871).

[7]) Vergl. ferner zu § 254 Abs. I und II und zu § 278 unten sub II 1 und VII 1.

zum Schadensersatze wegen „Verschuldens“ die Voraussetzung außer in den sub 1b, 2f und 3c angedeuteten Fällen ferner für die Haftung:

α) des Bestellers eines Werkes (oben sub 1a);

β) des Gastwirths (oben sub 3b);

γ) des Beauftragten (oben sub 2c);

δ) des geschäftsführenden Gesellschafters (oben sub 2dβ);

ε) des Verwahrers (oben sub 2e).

b) Als „Deliktsobligation“ ist der oben sub 3d erwähnte Fall (unter das Haftpflichtgesetz gehörige Anlage) zu qualifiziren.

c) Dem allgemeinen Theile des Privatrechts (einschließlich des Personenrechts), dem Sachen-, Familien- und Erbrecht gehören die übrigen Fälle an, also die Fälle 3a und e (Allgemeiner Theil) und 2a, 2b, 2dα (Personenrecht), 1b und d, 2f und g, 3c (Sachenrecht), 2h und i (Familienrecht) und 1c, 2cγ, 2k bezw. auch 1b, 2f und 3c (Erbrecht). Sie sind also als Fälle rein gesetzlicher Haftung, als Zustandsobligationen zu betrachten.

II. Wie nach den sub I zusammengestellten Gesetzesparagraphen ein Verschulden zu Ersatzansprüchen der Gegenpartei führt, kann es unter Umständen auch umgekehrt Ersatzansprüche vereiteln bezw. mindern, die der Schuldige sonst seinerseits besitzen würde.

1. Für „Schuldverhältnisse“ überhaupt enthält der im ersten Abschnitt („Inhalt der Schuldverhältnisse“) Titel I („Verpflichtung zur Leistung“) stehende § 254 Abs. I die wichtige Bestimmung: „Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatze sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Theile verursacht worden ist“. — Als derartiges konkurrirendes Verschulden gilt dann zu Folge § 254 Abs. II Satz 1 insbesondere auch die dem Beschädigten zur Last fallende bloße Unterlassung des Hinweises auf die Gefahr eines ungewöhnlichen Schadens, die dem anderen Theile (dem in erster Linie ersatzpflichtigen Schuldner) weder bekannt war noch bekannt sein mußte,[*]) und ferner die versäumte Abwendung oder Minderung des Schadens durch den Beschädigten.

2. Obige Vorschrift findet zu Folge § 846 auch im Bereiche der „unerlaubten Handlungen“ Anwendung, wenn nämlich zwar ein kon-

[*]) Vergl. dazu unten § 4 sub III 1c.

kurrirendes Verschulden des Verletzten, aber ein Ersatzanspruch eines unschuldigen Dritten vorliegt; dieser Anspruch, welcher auf Ersatz der Beerdigungskosten (unten a α) bezw. auf Geldrente (unten a β und b) gerichtet ist, wird alsdann in Gemäßheit des § 254 nach Lage der Umstände gemindert oder gänzlich vernichtet; des Näheren handelt es sich um folgende Fälle:

a) daß der Schuldige eine andere Person getödtet und dadurch dem Dritten (etwa dem Kinde)

α) die Kosten der Beerdigung des Getödteten verursacht (§ 844 Abs. I) oder

β) einen jetzigen oder künftigen Alimentationsanspruch entzogen hat (§ 844 Abs. II) und

b) daß der Schuldige eine andere Person getödtet, körperlich oder in der Gesundheit verletzt oder der Freiheit beraubt und dadurch dem Dritten die gesetzlichen Ansprüche auf Dienstleistungen des Verletzten (z. B. des Kindes; vergl. B. G.B. § 1617) im Haushalte oder Gewerbe des Dritten (des Vaters) vereitelt hat (§ 845 Satz 1).

3. Insbesondere ergiebt § 616 Satz 1 e contrario, daß beim Dienstvertrage der zur Dienstleistung Verpflichtete des Anspruchs auf die Vergütung dadurch verlustig geht, daß er, wenngleich nur für eine verhältnißmäßig unerhebliche Zeit, durch einen in seiner Person liegenden Grund mit seinem Verschulden an der Dienstleistung verhindert wird.

III. Das Verschulden kann neben der sub II erörterten Beseitigung oder Minderung eines Ersatzanspruchs noch andere Rechtsnachtheile für den Schuldigen nach sich ziehen. Es kommen hier drei Bestimmungen des Gesetzes in Betracht:

1. Das bei einer Kontraktsobligation bedungene Rücktrittsrecht ist nach § 351 ausgeschlossen, wenn der Rücktrittsberechtigte den Untergang oder eine wesentliche Verschlechterung des nunmehr von ihm zurückzugewährenden Gegenstandes oder sonst die Unmöglichkeit seiner Herausgabe (§ 351 Satz 1) oder den Untergang eines erheblichen Theiles des Gegenstandes (§ 351 Satz 2) verschuldet hat. — Das gleiche Verschulden einer dritten Person schließt das Rücktrittsrecht aus, wenn es sich um eine Person handelt, die den empfangenen Gegenstand oder einen Theil desselben entweder von dem kontraktlichen Empfänger des Gegenstandes selber (z. B. dem Käufer) erworben bezw.

durch eine von diesem Empfänger vorgenommene Belastung des Gegenstandes mit einem Rechte dieses Dritten (z. B. mit einem Pfandrechte oder Nießbrauch) erlangt hat (§ 353 Abs. I) oder auch durch eine im Wege der Zwangsvollstreckung bezw. der Arrestvollziehung bezw. durch den Konkursverwalter vorgenommene Verfügung (§ 353 Abs. II). — Nur bei Viehmängeln (und zwar bei „Hauptmängeln")[9]) greift trotz des geschilderten Verschuldens des Kontraktgegners (§ 351) oder des Dritten (§ 353) das Rücktrittsrecht dennoch Platz — und zwar in der modifizirten Form der auf Werthvergütung gerichteten „Wandelung"[10]) —, namentlich wenn der Käufer das Thier inzwischen geschlachtet hatte oder wenn er sonst in Folge eines von ihm zu vertretenden Umstandes, insbesondere in Folge einer Verfügung über das Thier, zu dessen Rückgewähr außer Stande ist (§ 487 Abs. II).

2. Der Anspruch des Erben auf Bewilligung einer neuen Inventarfrist durch das Nachlaßgericht nach ungenutztem Verstreichen der ersten Frist greift nicht Platz, wenn der Erbe es selber verschuldet hat, daß er von der Zustellung des Beschlusses, durch welchen die erste Frist bestimmt wurde, keine Kenntniß erlangte (§ 1996 Satz 2).

3. Der Anspruch auf Rückerstattung der Draufgabe geht dem Geber verloren, wenn er die Wiederaufhebung des Vertrages verschuldet (§ 338 Satz 1).

IV. Wie die sub I zusammengestellten Gesetzesvorschriften lehren, daß das Verschulden sehr oft (und daher im Allgemeinen) eine Schadensersatzpflicht oder einen sonstigen Rechtsnachtheil herbeiführt, zeigen andere Stellen, daß ohne Verschulden eine Haftung bezw. ein anderer Rechtsnachtheil nicht eintritt. Es geht dies zwar schon aus den Fällen sub I 2 und 3 und aus dem Falle II 3 (vergl. den Wortlaut des § 616 Satz 1 und ferner § 498 Abs. II Satz 2) hervor, mit größerer Deutlichkeit jedoch noch aus folgenden Bestimmungen, deren erste zwei in das Gebiet der Deliktsobligationen[11]) gehören:

1. Aus der Bestimmung des § 823 Abs. II Satz 2, daß eine Ersatzpflicht wegen Verstoßes gegen ein den Schutz eines Andern

---

[9]) Ueber diesen Begriff und seine Abgrenzung durch Kaiserliche vom Bundesrath genehmigte Verordnung vergl. B.G.B. § 482 Abs. I und II.

[10]) d. h. „Rückgängigmachung des Kaufes" (B.G.B. § 462).

[11]) B.G.B. Buch II („Recht der Schuldverhältnisse") Abschnitt VII („Einzelne Schuldverhältnisse"), Titel 25 („Unerlaubte Handlungen").

bezweckendes Gesetz[12]) nur im Falle des Verschuldens eintrete, selbst wenn nach dem Inhalte dieses Gesetzes ein Verstoß gegen dasselbe auch ohne Verschulden möglich ist, wie z. B. bei vielen Nummern der im Strafgesetzbuch §§ 360 ff. aufgezählten Uebertretungen (vergl. etwa a. a. O. § 360 Nr. 10, § 361 Nr. 6, 9, § 366 Nr. 2, 8, 9, § 367 Nr. 3 ff., § 368 Nr. 1 ff.).

2. Aus der Bestimmung des § 827 Satz 2, daß derjenige von der Verantwortung für Schaden frei sei, der ohne Verschulden durch geistige Getränke oder ähnliche Mittel in einen vorübergehenden Zustand der Bewußtlosigkeit oder der krankhaften, die freie Willensbestimmung ausschließenden Störung der Geistesthätigkeit gerathen ist und in diesem Zustande widerrechtlich einen Schaden verursacht hat.

3. Zu vergleichen ist noch B. G.B. § 240: „Wird die geleistete Sicherheit ohne Verschulden des Berechtigten unzureichend, so ist sie zu ergänzen oder anderweitige Sicherheit zu leisten".

V. Ausnahmsweise ist auch ohne Verschulden zu haften,[13]) wenn der geschuldete Gegenstand nur der Gattung nach bestimmt, und die Leistung aus der Gattung möglich, der Schuldner seinerseits aber zur Leistung unvermögend ist (§ 279). — Nicht hierher gehört dagegen § 678 mit § 687 Abs. II, wonach der Geschäftsführer zu Schadensersatz verpflichtet ist, wenn die Uebernahme der Geschäftsführung ohne Auftrag mit dem wirklichen oder muthmaßlichen Willen des Geschäftsherrn in Widerspruch steht und der Geschäftsführer dies erkennen mußte, ihm ein sonstiges Verschulden aber nicht zur Last fällt (§ 678), bezw. wenn er ein fremdes Geschäft als sein eigenes behandelt, obwohl er weiß, daß er hierzu nicht berechtigt ist (§ 687 Abs. II). Denn hier ist eben in der mala scientia das vertretbare Verschulden enthalten (vergl. unten § 4 sub III 6 b).

VI. In den Fällen einer Haftung wegen „Verschuldens" kommt es im Allgemeinen nur auf die Person des Schuldigen selber an. Dies lehrt recht klar insbesondere § 425 (Abs. II), welcher besagt, daß das Verschulden eines Gesammtschuldners (soweit sich nicht aus dem Schuldverhältnisse ein Anderes ergiebt) nur gegen diesen Gesammt-

---

[12]) Zu diesen Worten vergl. Lenel in der Deutschen Juristen-Zeitung, herausgegeben von Laband, Stenglein und Staub, Jahrg. II Nr. 21 (1. Nov. 1897) S. 409 ff.

[13]) Die Fälle reiner Zustandsobligationen bleiben hier außer Betracht.

schuldner wirke, in dessen Person es eintritt, nicht auch gegen den bezw. die andern Gesammtschuldner; eine Bestimmung, die dann durch § 429 Abs. III auf die Gesammtgläubiger ausgedehnt wird, was insbesondere von Wichtigkeit ist, falls ein konkurrirendes Verschulden eines derselben vorliegt (vergl. oben sub II).

VII. Dennoch kennt das B.G.B. mehrere Fälle der Haftung für fremdes Verschulden. Es sind dies die folgenden:

1. Generell bestimmt § 278 Satz 1, betreffs aller Schuldverhältnisse (auch der nicht kontraktlichen): „Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten bedient, in gleichem Umfange zu vertreten, wie eigenes Verschulden". Doch kann nach Satz 2 die Haftung wegen Fahrlässigkeit jedesfalls, die Haftung wegen Vorsatzes nachträglich erlassen werden.

2. Auf diesen § 278 nehmen noch besonders Bezug:

a) § 254 Abs. II Satz 2 betreffs des oben sub II 1 erörterten Verschuldens, das in unterlassenem Hinweise auf die Gefahr eines außergewöhnlich hohen Schadens besteht;

b) § 351 Satz 2, indem er in Hinblick auf den oben sub III 1 erörterten Ausschluß des vertragsmäßigen Rücktrittsrechtes bemerkt, daß hierfür auch das nach § 278 zu vertretende Verschulden eines Anderen genügt;

c) § 664 Abs. I Satz 3, indem er den Beauftragten, der die Substitutionsbefugniß besitzt, „für das Verschulden eines Gehülfen nach § 278 verantwortlich" macht.

d) § 691 Satz 3, indem er den Verwahrer ebenfalls „für das Verschulden eines Gehülfen nach § 278 verantwortlich" macht.

e) Einf.G. z. B.G.B. Art. 95 Abs. II, indem er die Bestimmung des § 278 auch auf das Gebiet des — im Allgemeinen der Landesgesetzgebung überlassenen — Gesinderechts als zwingendes Reichsrecht ausdehnt.

f) Mittelbar, indem sie auf § 664 (oben sub c) Bezug nehmen: §§ 27 Abs. III, 86 Satz 1, 713, 2218, betreffs der Gehülfen eines Vereins- oder Stiftungsvorstandes, eines geschäftsführenden Gesellschafters oder eines Testamentsvollstreckers.

g) Gleichfalls mittelbar, indem er nämlich auf § 351 (oben sub b) Bezug nimmt, § 353 Abs. I. Danach ist dem vertragsmäßig zum Rücktritte Berechtigten das Rücktrittsrecht auch dann versagt,

wenn die oben sub b und sub III 1 erörterten Voraussetzungen (Verschlechterung des Gegenstandes u. s. w.) nicht in der Person des Kontrahenten selber, sondern in der Person desjenigen eingetreten sind, welcher den zurückzugewährenden Vertragsgegenstand zu Folge einer Veräußerung des Gegenstandes selber oder eines erheblichen Theiles desselben oder zu Folge einer Belastung von dem Rücktrittsberechtigten (bezw. im Wege der Zwangsvollstreckung u. s. w., § 353 Abs. II) erlangt hat.

3. Ferner läßt das B. G.B. für das „Verschulden“ eines Anderen leiden:

a) den Miether bezw. Pächter: er muß, wenn er den Gebrauch des Vertragsgegenstandes selbst mit Erlaubniß des Vermiethers bezw. Verpächters einem Dritten überlassen hat, ein dem Dritten bei dem Gebrauche zur Last fallendes Verschulden vertreten (§ 549 Abs. I, § 581 Abs. II):

b) den Gastwirth: er haftet für Geld, Werthpapiere und Kostbarkeiten des Gastes selbst über den Betrag von 1000 Mark hinaus, sofern der Schaden von seinen Leuten verschuldet wird (§ 702);

c) den Bürgen: seine Verpflichtung erstreckt sich auch auf Aenderungen der Hauptverbindlichkeit, welche durch Verschulden des Hauptschuldners herbeigeführt werden (§ 767 Abs. I Satz 2).

4. Nicht für das „Verschulden“ eines Anderen ganz allgemein in dem sub 1 bis 3 erörterten Umfange, sondern zwar auch für einen Anderen, aber zu Folge eigenen „Verschuldens“ haftet nach § 664 Abs. I Satz 2 der Beauftragte, welchem die Uebertragung der Ausführung des Auftrags auf einen Dritten gestattet ist und welcher alsdann *ein ihm bei der Uebertragung zur Last fallendes Verschulden*, aber eben (sofern es sich nicht um einen „Gehülfen“ handelt; vergl. oben sub 2c) nur dieses zu vertreten hat; es liegt also dann eine eigene culpa in eligendo des ersten Beauftragten selber vor, die den Rechtsgrund der Haftung bildet, während das — vielleicht ganz verantwortungsfreie — Verhalten des Unterbevollmächtigten nur den faktischen Anlaß für den Eintritt eines Haftungsfalles bildet.[14])

[14]) z. B. der Unterbevollmächtigte hat in casu concreto nur für diligentia quam suis einzustehen (etwa als Depositar, der die Verwahrung unentgeltlich übernahm, § 690) und hat diese Diligenz auch angewendet, indem er sich von *grober* Fahrlässigkeit freihielt (§ 277) und nur ein Versehen beging, das bei

VIII. Ueber die Folgen gleichzeitigen Verschuldens mehrerer Personen äußert sich nur § 2219 Abs. II, indem er betreffs des oben sub I 2 k eintretenden Falles sagt: „Mehrere Testamentsvollstrecker, denen ein Verschulden zur Last fällt, haften als Gesammtschuldner."

IX. Von einer ganz anderen Art des „Verschuldens", vom sittlichen Verschulden", spricht § 1611 Abs. I (vergl. dazu § 1580 III und unten § 15 sub III 2), indem er sagt: wer durch sein sittliches Verschulden bedürftig geworden sei, könne von seinen alimentationspflichtigen Verwandten nur nothdürftigen, nicht standesgemäßen Unterhalt verlangen. Dieser Fall wird, wenn man zunächst von der Nuancirung des Verschuldens auf einen moralischen Fehler absieht, unter die oben sub III erörterte Gruppe (Eintritt eines Rechtsnachtheils überhaupt) gestellt werden dürfen, während er mit Gruppe II nicht zusammengethan werden darf, da zwar Minderung eines Anspruchs, aber nicht eines Ersatzanspruchs (Anspruchs auf Schadensersatz in engerem Sinne) vorliegt.

§ 3.
Der Vorsatz.

Der „Vorsatz" erscheint im B.G.B. theils (A) allein, theils (B) im Vereine mit anderen subjektiven Schuldmomenten, nämlich (B I) mit grober Fahrlässigkeit im besonderen oder (B II) mit Fahrlässigkeit überhaupt, theils (C) im Verein mit dem objektiven Momente der Widerrechtlichkeit.

A. Vorsatz allein.

I. Dem Vorsatze wird zunächst grundlegende Bedeutung zugesprochen durch § 826, der im Titel über „unerlaubte Handlungen" (Buch II Abschnitt VII Titel 25) steht und für außerkontraktliche Verhältnisse bestimmt, daß, „wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem Anderen vorsätzlich Schaden zufügt, dem Anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet" ist.

II. Von untergeordneterer Bedeutung sind folgende fünf Bestimmungen:

1. Nach § 276 Abs. II darf bei kontraktlichen Schuldverhältnissen die Haftung wegen Vorsatzes dem Schuldner nicht im Voraus erlassen werden. Dies wäre eine unsittliche und daher nichtige Abrede.[15])

---

seiner geringen Intelligenz nicht überraschen durfte. Dann kann immerhin der Beauftragte selber dafür verantwortlich gemacht werden, daß er bei Bestellung eines Substituten seine Wahl auf diese beschränkte Persönlichkeit gerichtet hat.

[15]) Vergl. B.G.B. § 138.

Zu bemerken ist, daß dieser § 276[16]) durchaus nicht (wie seine Stellung zwischen anderen §§, die im Speziellen von Unmöglichkeit der Leistung handeln, nämlich zwischen § 275 einerseits und §§ 279—283 andererseits vermuthen ließe) sich nur gerade auf die Abrede eines Dispenses des Schuldners von vorsätzlich herbeigeführter Unmöglichkeit der Erfüllung bezieht, sondern ebenso auf vorsätzliche Veränderung des Schuldverhältnisses, und daß er überhaupt nicht blos rein obligatorische Schuldverhältnisse des Buches II, sondern auch die sachenrechtlichen, familienrechtlichen und erbrechtlichen Verhältnisse der Bücher III—V betrifft.[17])

2. Wenn eine „unerlaubte Handlung"[18]) vorsätzlich begangen ist, so darf nach § 393 gegen die aus ihr entspringende Forderung keinerlei Kompensation geltend gemacht werden.

3. Gewisse Zurückbehaltungsrechte wegen des Ersatzes von Unkosten, welche der herauszugebende Gegenstand veranlaßt hat, sind ausgeschlossen, wenn der Ersatzberechtigte den Gegenstand „durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt hat." Es ist dies der Fall:

a) nach § 273 Abs. II innerhalb jedes obligatorischen Rechtsverhältnisses, wenn es sich handelt um einen „fälligen Anspruch" des Herausgabepflichtigen „wegen Verwendungen auf den Gegenstand oder wegen eines ihm durch diesen verursachten Schadens", sowie

b) nach § 1000 Satz 2 wegen der Verwendungen, welche der Eigenthümer der herauszugebenden Sache dem Besitzer zu ersetzen hat.[19])

4. Nach § 2333 Nr. 2 kann der Erblasser einem Abkömmling den Pflichttheil entziehen, wenn der Notherbe sich einer vorsätzlichen körperlichen Mißhandlung des Erblassers oder des Ehegatten des Erblassers (von dem der Notherbe gleichfalls abstammt) schuldig macht; nach demselben § 2333 Nr. 3 in Verbindung mit § 2334 ist zwischen Aszendenten und Deszendenten überhaupt die Entziehung des Pflichttheils

---

[16]) Und ebenso der später (unten § 4 I 1 und § 5 I 1) zu erörternde § 277 und der oben § 2 sub VII erörterte § 278.

[17]) Vergl. hierzu Motive II S. 27 Anm. 3 (dort in Folge eines Druckfehlers mit Ziffer 2 bezeichnet).

[18]) Vergl. unten § 7 sub VI 1.

[19]) Trotz seiner speziellen Bedeutung für ein Sonderkapitel des Sachenrechts ist dieser Satz von weiterer Bedeutung auch deshalb, weil § 972 wegen der Ansprüche des Finders und § 2022 Abs. I Satz 2 wegen der Ansprüche des Erbschaftsbesitzers gegen den Erben auf § 1000 verweisen. Vergl. auch § 1007 Abs. III Satz 2.

statthaft, wenn der Pflichttheilsberechtigte sich ganz allgemein gegen den Erblasser oder dessen Ehegatten eines Verbrechens oder eines schweren[20]) vorsätzlichen[21]) Vergehens[22]) schuldig macht.

5. Nach § 1680 Abs. I verwirkt der Vater (und ebenso nach § 1686 die Mutter) die elterliche Gewalt über das Kind, wenn er wegen eines an dem Kinde verübten Verbrechens oder **vorsätzlich** verübten **Vergehens** zu Zuchthausstrafe oder zu einer Gefängnißstrafe von mindestens sechs Monaten verurtheilt wird.

B. Vorsatz und Fahrlässigkeit.

I. Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit.

1. Nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit haben zu vertreten:

a) Jeder obligatorische Schuldner während des Verzuges seines Gläubigers (§ 300 Abs. I);

b) folgende Subjekte obligatorischer Rechtsverhältnisse:

α) der Schenker (§ 521);

β) der Verleiher (§ 599);

γ) der Finder (§ 968);

c) der Geschäftsführer ohne Auftrag, wenn die Geschäftsführung die Abwendung einer dem Geschäftsherrn drohenden Gefahr bezweckt (§ 680).

2. Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit ziehen Rechtsfolgen nach sich, indem sie als Ursachen anderer selbstverschuldeter Thatsachen die mittelbaren Ursachen eines Anspruchsverlustes in nachstehenden zwei Fällen bilden:

a) Wenn der Schenker seine Bedürftigkeit durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt hat, ist der Anspruch des bedürftigen Schenkers auf Wiederherausgabe des Geschenkes ausgeschlossen (§ 529 Abs. I).

---

[20]) Den Begriff des „schweren Vergehens" kennt das Strafgesetzbuch als solchen nicht, sondern nur den der schweren Körperverletzung (St.G.B. § 229 Abs. II) im Gegensatze zur leichten Körperverletzung (§§ 232 Abs. I, 233). Daneben spricht freilich die strafrechtliche Theorie von schwerem Diebstahl, schwerer Brandstiftung u. s. w.

[21]) Im Gegensatze zu fahrlässigen Vergehen (vergl. St.G.B. § 163 Abs. I, §§ 230 Abs. I, 232 Abs. I, § 309: fahrlässiger Meineid, Körperverletzung, Brandstiftung).

[22]) Im Sinne des St.G.B. § 1 Abs. II.

b) Wenn die zu einem Dienstverhältnisse verpflichtete Person ihre Erkrankung durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt hat, ist ein Anspruch auf Krankenfürsorge ausgeschlossen, wie er sonst (als Anspruch auf die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung bis zur Dauer von sechs Wochen, jedoch nicht über die Beendigung des Dienstverhältnisses hinaus) unter der ferneren Voraussetzung besteht, daß das Dienstverhältniß ein dauerndes ist, welches die Erwerbsthätigkeit des Verpflichteten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nimmt, und daß der Verpflichtete in die häusliche Gemeinschaft des Berechtigten aufgenommen worden ist (§ 617 Abs. I Satz 1). — Zu diesem Punkt ist aber noch zu bemerken, daß nach dem Einf.G. z. B.G.B. Art. 95 Abs. II die Vorschriften des B.G.B. §§ 617—619 zwar auch auf Gesindedienst Anwendung finden, die Vorschriften unseres § 617 aber nur insoweit, als die Landesgesetze dem Gesinde nicht weitergehende Ansprüche gewähren. Soweit demnach geschriebenes oder[23]) ungeschriebenes Landesrecht (einschließlich etwaigen Provinzialrechtes) die Krankenfürsorgepflicht der Dienstherrschaft, auch im Falle selbstverschuldeter Erkrankung des Gesindes bestehen läßt,[24]) interessiren Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit als mittelbare Ausschließungsgründe des Anspruchs nicht.

3. Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit bilden einen besonderen (mittelbaren) Kündigungs- bezw. Ausschließungsgrund beim vertragsmäßigen Gesellschaftsverhältnisse, insofern als

a) vorsätzliche und grobfahrlässige Verletzung der ihm nach dem Gesellschaftsvertrage obliegenden wesentlichen Verpflichtungen eines Gesellschafters, trotz Abrede einer bestimmten Zeitdauer der Gesellschaft,

---

[23]) Vergl. Einf.G. z. B.G.B. Art. 2: „Gesetz im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs und dieses Gesetzes ist jede Rechtsnorm."

[24]) Dies ist anscheinend der Fall nach der Preußischen Gesindeordnung vom 8. November 1810 (Gesetzsammlung S. 101) § 86; doch nimmt die Litteratur und Judikatur an, daß der Anspruch des Gesindes fortfällt, wenn die Krankheit durch vertretbares Versehen entstanden ist. Vergl. Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht, 7. Aufl., Berlin 1897, Bd. IV § 237 S. 243 Anm. 38, Dernburg, Preußisches Privatrecht, 4. Aufl., Bd. II, Halle a. S. 1888, § 196 S. 590 sub b sowie Striethorst's Archiv für Rechtsfälle Bd. XV (1855) Nr. 78 S. 367, Juristische Wochenschrift für die preußischen Staaten, herausgegeben von Temme und Arndts, Jahrg. X, Berlin 1844, Nr. 396 S. 617 Gesetz-Revision Pensum XV, Berlin 1831, S. 49 ff.

jedem anderen Gesellschafter jederzeit die Kündigung ermöglichen (§ 723 Abs. I Satz 2), und insofern als

b) das gleiche Verschulden eines Gesellschafters die übrigen berechtigt, ihn aus der Gesellschaft auszuschließen, falls wenigstens im Gesellschaftsvertrage bestimmt war, daß, wenn ein Gesellschafter kündigt, die Gesellschaft unter den übrigen fortbestehen solle (§ 737 Satz 1).

4. Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit des Nachbarn allein berechtigen einen Grundstückseigenthümer bezw. denjenigen, zu dessen Gunsten ein Erbbaurecht oder eine Dienstbarkeit an dem Nachbargrundstücke besteht, zu dem Anspruche auf Beseitigung eines von diesem Nachbarn bei Errichtung eines Gebäudes vorgenommenen Ueberbaues (§ 912 Abs. I, § 916).[25])

II. Vorsatz und Fahrlässigkeit überhaupt.

1. Vorsatz und jedwede, nicht blos grobe Fahrlässigkeit, hat nach § 276 Abs. I Satz 1 ein jeder obligatorische Schuldner zu vertreten, sofern nicht ein Anderes bestimmt ist. Dieser, durch seine Stellung nicht etwa allein auf Unmöglichkeit der Erfüllung beschränkte[26]) Satz bietet eine sehr wichtige Grundregel. Die gesetzlichen[27]) Ausnahmen von dieser Regel zerfallen in zwei Gruppen:

a) Diejenigen Gesetzesparagraphen, welche die Haftung des obligatorischen Schuldners auf Vorsatz und[28]) grobe Fahrlässigkeit beschränken; diese Beschränkung sieht, wie bereits sub B I 1 bemerkt wurde, das Gesetz vor: hinsichtlich des Schenkers, Verleihers und Finders, sowie unter besonderen Voraussetzungen hinsichtlich des Geschäftsführers ohne Auftrag und endlich hinsichtlich jedes Schuldners bei mora des Gläubigers.

[25]) B.G.B. § 912 Abs. I lautet: „Hat der Eigenthümer eines Grundstücks bei der Errichtung eines Gebäudes über die Grenze gebaut, ohne daß ihm Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt, so hat der Nachbar den Ueberbau zu dulden, es sei denn, daß er vor oder sofort nach der Grenzüberschreitung Widerspruch erhoben hat."

[26]) Vergl. oben sub A II 1.

[27]) Die Worte „sofern nicht ein Anderes bestimmt ist" umschließen zwar wohl auch vertragsmäßige Bestimmungen, indessen darf nach § 276 Abs. II (vergl. oben sub A II 1) die Haftung wegen Vorsatzes nicht im Voraus erlassen werden, sondern nur die wegen Fahrlässigkeit.

[28]) Auf Vorsatz allein beschränkt das B.G.B. die Haftung für kontraktliches Verschulden nirgends; vergl. oben sub A.

b) Diejenigen Gesetzesparagraphen, welche andere, nicht unter die traditionellen Begriffe des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit hineingehörige Schuldmomente zur Veranlassung einer Rechtsfolge machen. Hierher gehören also zunächst alle unten in §§ 9 ff. aufgezählten Begriffe, wie Widerrechtlichkeit, gesetzwidriges Verhalten u. s. w.; doch bleiben natürlich auch hier nur diejenigen Fälle von Bedeutung, welche insbesondere von obligatorischen Verhältnissen handeln und hier gerade eine Vertretungspflicht, eine Haftung und Verantwortlichkeit für Schaden ins Auge fassen und nicht etwa ein besonderes Kündigungsrecht, einen Ehescheidungs- oder Enterbungsgrund u. dergl. bieten. Welche Fälle darum hierher gehören, werden wir später sehen.

2. Während § 276 Abs. I für alle Kontraktsobligationen die Grundregel bietet, begegnen Vorsatz und Fahrlässigkeit im Gebiete der Deliktsobligationen als Gründe einer Verpflichtung zum Schadensersatze nur in der Spezialrichtung:

a) auf (widerrechtliche)[29]) Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit, des Eigenthums oder eines sonstigen Rechtes eines Anderen (§ 823 Abs. I) und

b) auf Amtspflichtverletzung (§ 839 Abs. I Satz 1: „verletzt ein Beamter vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht"), hier zugleich mit der Schranke (Abs. III), daß Ersatzpflicht nicht eintritt, wenn der Verletzte seinerseits vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden. — Diese Regel (Abs. I) sowohl wie die Ausnahme (Abs. III) werden dann noch besonders, und zwar durch § 1674 und § 1848, für anwendbar erklärt auf den Vormundschaftsrichter: in § 1848, was dessen Mitwirkung in eigentlichen Vormundschaftsangelegenheiten betrifft, in § 1674, was sein das bisherige Maß wesentlich überschreitendes Fürsorge- und Kontrollrecht betreffs der Kinder unter väterlicher oder mütterlicher Gewalt[30]) anlangt. — Auf § 1848 nimmt dann auch noch, freilich ohne ausdrückliche Allegirung, § 1872 Abs. II Bezug, indem es bezüglich der Mitglieder des Familienraths in Satz 2 erklärt,

---

[29]) Vergl. dazu unten 10 sub A I.

[30]) Bezüglich dieses Fürsorge- und Kontrollrechts vergl. B. G.B. §§ 1665 bis 1673, aber auch §§ 1656 Abs. II, 1662 Satz 2, 1675, 1677 Abs. I und II, 1679 Abs. II, 1685 Abs. II Satz 1, 1687, 1688 Abs. III, 1689, 1690 Abs. I bis III, 1693, 1695 Abs. I.

sie seien in gleicher Weise verantwortlich wie der Vormundschaftsrichter. — Während diese Bezugnahme durchaus verständlich ist, weil Mitglieder des Familienrathes eben nicht Vormundschaftsrichter sind, also die Ausdehnung der für diese geltenden Bestimmungen auf jene, wenn sie vom Gesetzgeber beliebt wurde, der ausdrücklichen Erklärung im Gesetze bedurfte, überrascht die in §§ 1674 und 1848 stattfindende Verweisung von Vormundschaftsrichter auf den Beamten überhaupt, weil ja der Vormundschaftsrichter zu den Staatsbeamten gehört. Doch erklärt sich dies daraus, daß §§ 1674 und 1848 nur auf die in § 839 Abs. I gegebene Regel und auf die in § 839 Abs. III gegebene Ausnahme (also auf die von uns oben besprochenen Grundsätze) verweisen, nicht jedoch auf die in § 839 Abs. II entwickelte, (unten § 17 sub I 6 zu erörternde) Spezialbestimmung über die Haftung wegen einer „bei dem Urtheile in einer Rechtssache“ begangene Amtspflichtverletzung. Es sind also §§ 1674 und 1848, die auf den ersten Blick überflüssig erscheinen, eben wegen dieses Ausschlusses der Haftung nach § 839 Abs. II von Bedeutung. Andererseits schwächt sich diese Bedeutung ab, ja §§ 1674 und 1848 werden in der That überflüssig erscheinen, wenn man bedenkt, daß der Vormundschaftsrichter[31]) niemals Urtheile, sondern nur (Beschlüsse oder) Verfügungen zu erlassen hat. In der zweiten Lesung hatten §§ 1674 und 1848 (damals §§ 1563 und 1739) und der Ausschluß des § 839 Abs. II (damals § 762 Abs. II) noch einen Sinn, weil Abs. II dort anfing: „verletzt ein Beamter bei der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache seine Amtspflicht“. Diese Fassung wurde in die endgültige „bei dem Urtheile in einer Rechtssache“ verwandelt,[32]) und man hat es übersehen, daß nun eben §§ 1674 und 1848 gänzlich gegenstandslos und entbehrlich wurden.

C. Vorsatz und Widerrechtlichkeit.[33])

Sie begegnen im Verein mit einander und zwar:

1. als vorsätzliche und widerrechtliche Tödtung, welche

[31]) D. h. also jetzt in Preußen und so auch wohl nach dem künftigen Gesetze über die freiwillige Gerichtsbarkeit (vergl. Reichstagsvorlage §§ 48–54, §§ 58—61) der Amtsrichter in Ausübung eines alleinigen Spezialdezernates oder seines gleichzeitigen Dezernates für Vormundschaftssachen.

[32]) Auf Antrag des Abgeordneten Gröber in der vorletzten Sitzung des Plenums (30. Juli 1896). Vergl. Stenographische Berichte des Reichstags 9. Legislaturperiode 4. Session, 1895/97, Bd. 4 S. 3067–3069.

[33]) Ueber den Begriff der Widerrechtlichkeit, welche unter die objektiven Schuldmomente gehört, vergl. unten § 9.

nach § 530 Abs. II und § 2339 Abs. I Nr. 1 einen Grund zur Vererblichkeit des Rechtes auf Widerruf der Schenkung oder zur Erbunwürdigkeit, mithin zur Anfechtung des Erbschaftserwerbes durch einen würdigeren Prätendenten, und nach § 2345 Abs. I Satz 1 desgleichen zur Anfechtung des Anspruchs aus einem Vermächtnisse bildet;

2. als vorsätzliche und widerrechtliche Verhinderung des Schenkers am Widerrufe: ebenfalls nach § 530 Abs. II ein Grund zur Vererblichkeit des Widerrufsrechtes;

3. als vorsätzlicher und widerrechtlicher Tödtungsversuch oder Herbeiführung eines Zustandes,[34]) nach welchem der Erblasser bis zu seinem Tode unfähig wird, eine Verfügung von Todeswegen zu errichten oder aufzuheben, oder als sonstige[35]) vorsätzliche und widerrechtliche Verhinderung des Erblassers an Errichtung oder Aufhebung einer Verfügung von Todeswegen: Handlungen, welche gleichfalls nach § 2339 Abs. I (Nr. 1 und Nr. 2) bezw. § 2345 Abs. I Satz 1 erbunwürdig machen bezw. Anfechtbarkeit des Anspruchs aus einem Vermächtnisse begründen;

4. als vorsätzliche (oder fahrlässige) und widerrechtliche Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit oder Freiheit, des Eigenthums oder eines sonstigen Rechts: Handlungen, welche, wie bereits sub B II 2a bemerkt, nach § 823 Abs. I zum Schadensersatze verpflichten.

§ 4.

Die Fahrlässigkeit.

Die Fahrlässigkeit begegnete bereits oben § 3 B in Verbindung mit dem Vorsatze und zwar theils (sub I) als grobe Fahrlässigkeit, theils (sub II) als Fahrlässigkeit überhaupt. Dieser gleiche Unterschied zeigt sich aber auch überall da, wo die Fahrlässigkeit sonst noch im B. G. B. unabhängig von einer Zusammenstellung mit dem Vorsatze auftritt.

I. **Grobe Fahrlässigkeit** im Besondern.

1. Von fundamentaler Bedeutung für die Lehre von den Kontraktsobligationen ist die Bestimmung des § 277: „Wer nur für diejenige Sorgfalt einzustehen hat, welche er in seinen eigenen Angelegenheiten

---

[34]) z. B. Geisteskrankheit.

[35]) z. B. gewaltsame Verhinderung an Errichtung eines (neuen) Testamentes oder Vorenthaltung des Testamentes, das der Erblasser vernichten will.

anzuwenden pflegt, ist von der Haftung wegen grober Fahrlässigkeit nicht befreit.“ Daraus ergiebt sich, daß die grobe Fahrlässigkeit neben dem Vorsatze zu denjenigen Arten des Verschuldens gehört, welche bei Anwendung der diligentia quam suis vermieden oder aber, wenn sie nicht vermieden wurden, vertreten werden müssen: die grobe Fahrlässigkeit widerspricht also der diligentia quam suis, wogegen gewöhnliche Fahrlässigkeit außer Betracht bleibt, wenn das Gesetz Sorgfalt wie in eigenen Angelegenheiten erfordert, was unter gewissen, im § 5 sub I 1 zu erörternden Voraussetzungen z. B. der Fall ist beim Depositar und beim Gesellschafter.

2. Im Uebrigen ist die grobe Fahrlässigkeit für sich allein nur noch in einer Reihe von Einzelfällen[36]) anzutreffen, welche aber den Umstand gemeinsam haben, daß hier die Fahrlässigkeit stets als Ursache einer Unkenntniß von Mängeln erscheint, die ihrerseits für die grobfahrlässige Person gewisse Rechtsfolgen nach sich zieht. Hierzu ist noch Folgendes zu bemerken:

a) Diese Mängel, welche „in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben“ sind, können sein:

α) Mängel der betreffenden Sache (im engeren Sinne eines körperlichen Gegenstandes, vgl. B. G.B. § 90) selbst, nämlich

α′) Fehler des Kaufgegenstandes — sowie des Gegenstandes des Tausches,[36a]) der Schenkung[37]) und der Ausstattung[38]) —, die seinen Werth oder seine Tauglichkeit zum gewöhnlichen Gebrauche oder zu dem vertragsmäßig vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder mindern (§ 459 Abs. I Satz 1 und § 460 Satz 2) und

β′) Fehler des Miethsund Pachtgegenstandes, welche seine Tauglichkeit zum vertragsmäßigen Gebrauche aufheben oder mindern (§ 539 Satz 2, § 537 Abs. I und § 581 Abs. II).

β) Mängel im Rechte der Sache (Sache hier zum Theil — vergl. unten sub α′ — im weiteren Sinne einschließlich der Rechte).

---

[36]) Nicht durchweg zutreffend sind die Citate bei Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. I (Jena 1897) S. 239 Anm. 14.

[36a]) Nach B. G.B. 515 finden die Vorschriften über den Kauf „entsprechende Anwendung“ auf den Tausch.

[37]) § 524 Abs. II a. E. verweist auf die Vorschriften über die Gewährleistung wegen Fehler einer verkauften Sache.

[38]) § 1624 II verweist auf die Vorschriften über die Gewährleistungspflicht des Schenkers.

nämlich in den Eigenthumsverhältnissen der geschenkten oder durch unerlaubte Handlung entzogenen bezw. beschädigten oder der zu Eigenthum übertragenen (veräußerten) Sache. Es kommen des Genaueren in Betracht als solche Rechtsmängel, deren grobfahrlässige Unkenntniß bedeutsam ist:

α') betreffs geschenkter (bezw. zur Ausstattung gegebener) Sachen zufolge § 523 Abs. II Satz 2 (§ 1614 Abs. II) und der dortigen Allegate aus der Lehre über die Gewährleistungspflicht beim Sachkaufe[39]): Rechte Dritter am Objekte, die gegen den Beschenkten geltend gemacht werden könnten (§ 434), insbesondere Rechte zum Besitze der beweglichen Sache (§§ 440 Abs. II, 441); Rechte, die im Grundbuche betreffs des verschenkten Grundstücks bezw. eines Rechtes an ihm oder im Schiffsregister betreffs des verschenkten Schiffes bezw. eines Rechtes an ihm eingetragen sind, aber nicht bestehen (§ 435 Abs. I und II), sowie der rechtliche Nichtbestand der verschenkten Forderung bezw. des sonst verschenkten Rechtes (§ 437 Abs. I) und bei Werthpapieren insbesondere das Aufgebot zum Zwecke der Kraftloserklärung (§ 437 Abs. II);

β') betreffs der durch unerlaubte Handlungen entzogenen oder beschädigten, beweglichen (körperlichen) Sachen nach § 851: Eigenthum oder ein sonstiges Recht des Dritten an der Sache;

γ') betreffs der zu Eigenthum übertragenen (veräußerten) beweglichen Sachen nach § 932 Abs. II: Nichteigenthum des Veräußerers.

b) Die Folgen der grobfahrlässigen Unkenntniß der erwähnten Mängel sind nachstehende:

α) Betreffs der Sachmängel:

α') beim Kauf und Tausch (§ 460 Satz 2, § 515): Der Verkäufer (Vertauschende) haftet dem in grobfahrlässiger Unkenntniß befindlichen Käufer wegen des Fehlers nicht, es sei denn, daß der Verkäufer seinerseits die Abwesenheit des Fehlers zugesichert oder den Fehler arglistig verschwiegen hat;

β') bei der Schenkung (§ 524 Abs. II Satz 1) und bei der

[39]) Bei gekauften (eingetauschten) Sachen selber spielt zwar die Gewährleistung wegen Mangels im Rechte eine große Rolle, von Einwirkung grobfahrlässiger Unkenntniß des Käufers ist hier aber nirgends die Rede; ebenso bei gemietheten (gepachteten) Sachen, da § 541 nur auf den ersten Satz des § 539 verweist.

Ausstattung (§ 1624 Abs. II): Wegen grober Unkenntniß[40]) des Schenkers oder des Ausstattenden vom Mangel der von ihm erst zu erwerbenden Gattungssache darf der Beschenkte Lieferung einer fehlerfreien Sache an Stelle der fehlerhaften verlangen;

γ') bei der Miethe (§ 539 Satz 2)[41]) und Pacht (§ 581 Abs. II): Dem grobfahrlässigen Miether (Pächter) steht ein Anspruch auf Befreiung vom Mieth- (bezw. Pacht-) zinse bezw. auf Reduktion dieses Zinses für diejenige Zeit, während welcher die Tauglichkeit der Sache aufgehoben bezw. gemindert war, im Allgemeinen nicht zu, es sei denn, daß der Vermiether (Verpächter) seinerseits die Abwesenheit des Fehlers zugesichert oder den Fehler arglistig verschwiegen hat.

β) Betreffs der Rechtsmängel:

α') bei der Schenkung (523 II): Auf Grund grobfahrlässiger Unkenntniß des Schenkers von dem Rechtsmangel der von ihm selbst erst zu erwerbenden Sache kann der Beschenkte Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen;

β') bei der Schadensersatzpflicht wegen Entziehung oder Beschädigung einer beweglichen Sache (§ 851): Hier wird der Ersatzpflichtige von der Ersatzpflicht an den Eigenthümer der Sache oder an denjenigen, welcher ein sonstiges Recht an der Sache hat, durch Ersatzleistung an den Besitzer nicht frei, wenn ihm dies Recht des Dritten auf Grund grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben war;

γ') bei Veräußerung einer Sache durch den Nichteigenthümer (§ 932 Abs. II): Wenn es dem Erwerber auf Grund grober Fahrlässigkeit unbekannt blieb, daß die veräußerte Sache nicht dem Veräußerer gehört, so ist er zur Zeit des Erwerbes nicht in gutem Glauben gewesen, er erwirbt also in der That kein Eigenthum (§ 932 Abs. I Satz 1). — Diese Bestimmung — die in § 935 Abs. I aufgestellte praktisch sehr wichtige Ausnahme zu Gunsten gestohlener, verlorener oder sonst abhanden gekommener Sachen interessirt bei mala fides gar nicht — ist nicht blos um ihrer selbst willen von größter Tragweite, sondern auch deshalb, weil sie ihrerseits noch mehrfach herangezogen wird, nämlich: 1. in § 926 Abs. II für den Fall des

[40]) Unkenntniß im Augenblicke des Erwerbes seitens des Schenkers bezw. Ausstattenden.

[41]) In Verbindung mit § 460. Die Verweisung im § 539 Satz 2 auf § 464 interessirt hier nicht.

Besitzerwerbes von Zubehörstücken eines veräußerten Grundstücks; 2. in § 1207 für Verpfändung einer dem Verpfänder nicht gehörigen beweglichen Sache und in § 1244 für Veräußerung eines Mobiliarpfandes, ohne daß dem Veräußerer ein Pfandrecht zusteht oder ohne daß den Erfordernissen für Rechtmäßigkeit der Veräußerung genügt wird, wenn ferner die Veräußerung auf Grund eines vollstreckbaren Titels des Pfandgläubigers gegen den Eigenthümer oder im Wege öffentlicher Versteigerung[42]) erfolgte; aber auch 3. in § 1032 Satz 2 wegen des Nießbrauchs; 4. in § 2113 Abs. III wegen Verfügungen des Vorerben und 5. im Einf.G. z. B.G.B. Art. 61 betreffs solcher Gegenstände, deren Veräußerung unzulässig oder nur beschränkt zulässig ist nach den Hausverfassungen der landesherrlichen und vormals reichsständischen Familien sowie des vormaligen Reichsadels oder des ihm gleichgestellten Landesadels oder nach den landesgesetzlichen Bestimmungen, welche für diese Familien oder betreffs der Familienfideikommisse, Lehne und Stammgüter ergangen sind.

c) Systematisch lassen sich die oben sub b erörterten Konsequenzen grober fahrlässiger Unkenntniß von Sachfehlern oder Rechtsmängeln folgendermaßen gruppiren:

α) Es werden wegen des Verschuldens der Gegenpartei Ersatzansprüche gegeben und zwar:

α′) ein Anspruch auf Schadensersatz (Geldentschädigung) wegen Nichterfüllung: Dem Beschenkten wegen Unkenntniß des Schenkers von Rechtsmangel (oben sub b β α′);

β′) ein Anspruch auf ein fehlerfreies Ersatzstück: Dem Beschenkten oder Ausgestatteten wegen Unkenntniß des Schenkers oder Ausstattenden vom Mangel der durch ihn erst zu erwerbenden Gattungssache (oben sub α β′).

β) Es treffen den Fahrlässigen wegen des eigenen Verschuldens Rechtsnachtheile, nämlich:

α′) der Verlust seines sonstigen Anspruches auf Gewährleistung trifft den Käufer oder den Eintauschenden und der Verlust seines sonstigen Anspruches auf Befreiung vom Zinse bezw. auf Reduktion des Zinses

[42]) §§ 1233 Abs. II, 1235, 1240 Abs. II. Bei Börsen- oder Marktpreis des Objektes resp. im Falle ungenügenden Gebots auch bei Gold- und Silbersachen durch eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person u. s. w. aus freier Hand.

trifft den Miether oder Pächter: beide Male wegen grobfahrlässiger Unkenntniß von Sachmängeln (oben sub b α α' und b α γ');

β') den Schadensersatz wegen Entziehung oder Beschädigung einer beweglichen Sache muß der Ersatzpflichtige nochmals leisten bei Unkenntniß vom Rechtsmangel des Besitzers (oben sub b β β');

γ') Der Eigenthumserwerb findet nicht statt bei Unkenntniß des Erwerbers vom Rechtsmangel des Veräußerers (oben sub b β γ').

d) Die oben sub a—c angeführten Stellen erwähnen nur der groben Fahrlässigkeit, nicht des Vorsatzes; der Vorsatz mußte hier jedoch neben der groben Fahrlässigkeit unerwähnt bleiben und zwar darum, weil die vorsätzliche Unkenntniß eines Mangels undenkbar ist; statt ihrer sprechen die betreffenden Paragraphen daher ganz richtig von der nackten Thatsache der Kenntniß („wenn" dem Betreffenden „der Mangel bekannt gewesen ist").[43])

II. Fahrlässigkeit im Allgemeinen.

1. Die Fahrlässigkeit wird in § 276 Abs. I Satz 1 dahin definirt: „Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht läßt". — Diese Definition ist trotz ihrer Stellung inmitten anderer über die Unmöglichkeit der Erfüllung handelnder Paragraphen nach dem oben § 3 sub A II 1 Bemerkten von ganz allgemeiner Bedeutung für das neue Reichscivilrecht und lehrt zugleich, daß der Begriff der Fahrlässigkeit in engstem Zusammenhange steht mit dem weiter unten (§ 5 sub II) zu erörternden Begriffe der „im Verkehr erforderlichen Sorgfalt".

2. Nach § 287 Satz 1 hat der obligatorische Schuldner während des Verzuges jede Fahrlässigkeit (also nicht blos grobe) zu vertreten.

3. Nach § 827 Satz 2 enthebt zwar für das Gebiet der Deliktsobligationen die Bewußtlosigkeit oder ein die freie Willensbestimmung ausschließender Zustand krankhafter Störung der Geistesthätigkeit von der Verantwortlichkeit für die Schadenszufügung; indessen ist die durch geistige Getränke oder ähnliche Mittel herbeigeführte selbst-

---

[43]) Aehnlich liegt das Verhältniß der §§ 122 und 116 f. Der in § 122 I statuirte Anspruch auf das negative Vertragsinteresse konnte für §§ 116 und 117 nicht vorgesehen werden, weil bei der Mentalreservation (§ 116 Satz 2) und bei der Simulation (§ 117 I) die Nichtigkeit der Willenserklärung von der Kenntniß des Empfängers der Erklärung abhängt, solche Kenntniß aber nach § 122 II das negative Vertragsinteresse ausschließt.

verschuldete Versetzung in einen vorübergehenden Zustand dieser Art betreffs der Verantwortlichkeit für einen in diesem Zustande verursachten Schaden mit Fahrlässigkeit zu identifiziren und daher den allgemeinen Rechtsfolgen zu unterwerfen.

4. Bloße Fahrlässigkeit bewirkt eine lediglich subsidiäre Verantwortlichkeit für außerkontraktliche Schadenszufügung nach § 839 Abs. I Satz 2, bezüglich der Amtspflichtverletzungen, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag." Auch diese Vorschrift gilt nach §§ 1674 und 1848 (vergl. oben § 3 sub B II 2b) insbesondere für Vormundschaftsrichter, aber auch für Mitglieder des Familienraths (§ 1872 II Satz 2) und tangirt nach Einf.G. z. B.G.B. Art. 77ff. etwaige landesgesetzliche Vorschriften über die Haftung des Staates oder der Kommunalverbände, sowie über die Haftung der Taxatoren von Grundstücken keineswegs.

5. Wie nach dem sub I 2 Bemerkten die grobfahrlässige Unkenntniß von Rechtsbedeutung werden kann, so auch und in weit erheblicherem Umfange fahrlässige Unkenntniß überhaupt.

a) Fahrlässige Unkenntniß wird vom Gesetze selber ausdrücklich mit Wirksamkeit umkleidet in nachstehenden Fällen:

α) Betreffs der im Vereinsregister eingetragenen Aenderungen im Vorstande eines eingetragenen Vereins und der Rechtsgeschäfte eines Dritten mit den bisherigen Vorstandsmitgliedern: war nämlich dem Dritten die Eintragung in Folge Fahrlässigkeit unbekannt geblieben, so kann sie ihm entgegengesetzt werden (§ 68 Satz 2; vergl. dazu auch § 70).

β) Betreffs des „negativen Vertragsinteresses", das derjenige geltend machen darf, welcher in Folge seines Vertrauens auf eine nicht ernstlich gemeinte und daher nichtige oder wegen Irrthums bezw. unrichtiger Uebermittelung anfechtbare Willenserklärung einen Schaden erleidet: dieser Anspruch auf Schadensersatz greift nicht Platz, wenn dem Beschädigten der Grund der Nichtigkeit in Folge von Fahrlässigkeit unbekannt blieb (§ 122 Abs. II).

γ) Betreffs der öffentlichen[44]) Zustellung von Willenserklärungen an unbekannte Personen: dieser Modus ist ausgeschlossen, wenn die

[44]) „Zustellung nach den für die öffentliche Zustellung einer Ladung geltenden Vorschriften der Civilprozeßordnung". Vergl. dazu jetzt den Entwurf eines Gesetzes, betr. Aenderungen der Civilprozeßordnung (Reichstagsvorlage

Unkenntniß des Erklärenden über die Person desjenigen, welchem gegenüber die Erklärung abzugeben ist, auf Fahrlässigkeit beruht (§ 132 Abs. II Satz 1; vergl. auch § 1141 Abs. II).

d) Betreffs der Pflicht des Erben[45]) zu unverzüglicher Beantragung des Nachlaßkonkurses bei Ueberschuldung des Nachlasses. Zu diesem Antrage und bei Unterlassung der Antragsstellung zur Verantwortung für den den Nachlaßgläubigern daraus entstehenden Schaden ist der Erbe nicht blos bei Kenntniß der Ueberschuldung, sondern auch bei fahrlässiger Unkenntniß verpflichtet (§ 1980 Abs. II Satz 1). — Dasselbe gilt betreffs des Nachlaßverwalters (§ 1985 Abs. II Satz 2) und betreffs des Käufers eines Erbschaftsantheils, der diesen Antheil auf die Miterben oder auf einen Dritten übertragen hat. (§ 2036 Satz 2, § 2037.)

b) Für die sub a d erwähnten Fälle stellt das Gesetz selber (in § 1980 Abs. II Satz 2) ein Musterbeispiel auf und zwar dahin, daß der Erbe (Nachlaßverwalter u. s. w.) Grund hat, das Vorhandensein unbekannter Nachlaßverbindlichkeiten anzunehmen und trotzdem das Aufgebot der Nachlaßgläubiger nicht beantragt.[46])

c) Von den sub a erwähnten Gesetzesstellen lautet § 122 Abs. II folgendermaßen: „Die Schadensersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Beschädigte den Grund der Nichtigkeit oder der Anfechtbarkeit kannte oder in Folge von Fahrlässigkeit nicht kannte (kennen mußte)". Diese Stelle steht zwar einerseits im ersten Buche des B.G.B., das als „Allgemeiner Theil" allgemeine Vorschriften giebt, aber andererseits im Abschnitte III „Rechtsgeschäfte" und in dessen Titel 2 „Willenserklärung"; sie muß aber gleich allen denjenigen Bestimmungen des B.G.B., die sich als Definitionen charakterisiren (und alsdann zumeist diesen Charakter gleichfalls dadurch kundgeben, daß der definirte Begriff der

vom 9. Dezember 1897), Berlin (Guttentag und Carl Heymanns Verlag) 1897, Art. I Nr. 32ff. zu C.P.O. §§ 152ff.

[45]) Nach § 2013 Abs. I Satz 1 und Abs. II auch wenn der Erbe nur einzelnen Nachlaßgläubigern gegenüber unbeschränkt haftet, nicht aber, wenn er allen Nachlaßgläubigern gegenüber unbeschränkt haftet.

[46]) Den landrechtlichen Juristen wird B.G.B. § 1980 Abs. II Satz 2 unwillkürlich an die in §§ 15 und 19 A.L.R. I, 7 aufgeführten Musterfälle des unredlichen Besitzes erinnern, in welchen gleichfalls der naheliegende Anlaß zu Skrupeln und die nichtsdestoweniger obwaltende Sorglosigkeit zu ungünstigen Präsumtionen kombinirt werden.

Definition in Klammer beigefügt ist) und sehr oft ebenfalls an recht verstecktem Platze stehen,[47]) hinsichtlich eben dieser Definition grundlegende Bedeutung auch durch alle anderen Bücher, Abschnitte, Titel und Paragraphen des Gesetzbuches beanspruchen, in welchen sonst noch der in § 122 Abs. II definirte Begriff begegnet. Dies folgt nicht nur aus den allgemeinen Grundsätzen über Gesetzesinterpretation, sondern für unseren Fall auch speziell aus der Entwickelungsgeschichte des B. G.B., dessen I. Lesung in § 146 die später als überflüssig gestrichene Bestimmung enthielt: „Im Sinne des Gesetzes ist unter Kennenmüssen oder Wissenmüssen ein auf Fahrlässigkeit beruhendes Nichtkennen oder Nichtwissen zu verstehen."[48]) — Demnach müssen wir bei der Darstellung und Würdigung der Fahrlässigkeit überhaupt auch alle diejenigen Gesetzesstellen berücksichtigen, in welchen gleichfalls von dem Kennenmüssen die Rede ist. Die große Anzahl dieser Gesetzesstellen läßt es jedoch empfehlenswerth erscheinen, sie gesondert (unter sub III) zusammenzustellen und zu gruppiren.

6. Nahe verwandt der fahrlässigen Unkenntniß sind zwei andere Umstände:

a) Der in § 231 begegnende, auf Fahrlässigkeit beruhende Irrthum. Dort wird von Vornahme derjenigen Handlungen gesprochen, welche bei verspäteter Erreichung richterlicher Hülfe oder bei Gefahr einer Anspruchsvereitelung oder -erschwerung als erlaubte „Selbsthülfe" erscheinen würden, in casu concreto aber wegen irriger Annahme der erwähnten Voraussetzungen ihrerseits widerrechtlich sind und zu Schadensersatz verpflichten, wobei es nach dem Gesetze aber gleichgültig ist, ob

[47]) Ich habe für diese Form des Definirens im Ganzen 75 Fälle gezählt. Vergl. darüber (und über die Definitionsweise des B. G.B. überhaupt) meine demnächst bei C. H. Beck in München erscheinenden „Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch" § 11 S. 93 und beispielsweise B.G.B § 93, § 183 Satz 1, § 184 I, §§ 1922 I und II, 1993).

[48]) Vergl. Motive Bd. I S. 281 zu § 146. Die Citate aus der I. Lesung, welche dort in Satz 1 des Absatz 2 gegeben sind, entsprechen im Allgemeinen den analogen Stellen der endgültigen Fassung (§§ 97 IV, 99 III der I. Lesung = § 122 II der jetzigen Fassung, ferner § 103 II = § 123 II, §§ 117 f. = § 166, § 120 II = § 169, § 121 IV = § 173, § 345 I = § 307 I, § 603 = § 674, § 622 = § 694, § 654 = § 729; zu § 1259 Nr. 1 vergl. § 1334. — Ohne jetzige Analoga sind §§ 1336 f., 704 I; dem von grobfahrlässiger Unkenntniß handelnden § 1258 der I. Lesung entspricht jetzt § 1346 (unten sub III 2c).

der Irrthum auf Fahrlässigkeit, also auf Verschulden überhaupt, beruht oder nicht. (Würde er auf Fahrlässigkeit beruhen, so würde die Haftbarkeit aus B. G.B. § 823 Abs. I und II folgen.)[49])

b) Die in § 372 Satz 2 (vergl. Einf.G. Art. 146) begegnende, auf Fahrlässigkeit beruhende Ungewißheit über die Person des Gläubigers. Sie entzieht dem Schuldner das Recht, Geld, Werthpapiere und sonstige Urkunden sowie Kostbarkeiten unter dem Vorwande zu hinterlegen, daß er seine Verbindlichkeit nicht oder nicht mit Sicherheit erfüllen könne.

III. Insbesondere das Kennenmüssen.

Das „Kennenmüssen“ — dies schwer vermeidbare unschöne Substantivum selber begegnet nur im B. G.B. § 166 (unten sub 7) — ist, wie bereits sub II 5c hervorgehoben wurde, auf Grund der Bestimmung des B. G.B. § 122 II als identisch mit fahrlässiger Unkenntniß zu betrachten und begegnet im B. G.B.[50]) ungemein oft. Diejenigen Fälle, in welchen es mit Rechtsfolgen umkleidet wird, sind folgende:

1. Das Kennenmüssen (die fahrlässige Unkenntniß) verpflichtet (wie in den Fällen oben sub I 2cα)[51]) zu Schadensersatz:

a) Bei Schließung eines Vertrages, der auf eine unmögliche Leistung[52]) gerichtet ist oder gegen ein gesetzliches Verbot verstößt. Fahrlässige Unkenntniß der Unmöglichkeit oder Gesetzwidrigkeit verpflichtet hier zur Erstattung des negativen Vertragsinteresses an den anderen Theil, der auf die Gültigkeit des Vertrages vertraute (§ 307 Abs I Satz 1, 309).

b) Bei Behauptung oder Verbreitung einer unwahren Thatsache, welche geeignet ist, den Kredit eines Andern zu gefährden oder sonstige Nachtheile für dessen Erwerb oder Fortkommen herbeizuführen (§ 824 Abs. I).

---

[49]) Vergl. Kommissions-Protokolle (Protokolle der Kommission für die 2. Lesung, Berlin 1897) S. 244 und Planck, Bürgerliches Gesetzbuch Bd. I (Berlin 1897) S. 285 a. E.

[50]) Auch in der neuen Fassung des Handelsgesetzbuchs vom 10. Mai 1897 begegnet es. Vergl. dort § 202 II. Ueber Kennenmüssen nach österreichischem Recht vergl. Herrmann, Die Verantwortlichkeit des Versicherers für seine Agenten, Berlin 1897, S. 91 ff.

[51]) Vergl. ferner unten sub 6 b.

[52]) Auch wenn die Leistung nur theilweise unmöglich ist oder bei Unmöglichkeit einer der alternativ versprochenen Leistungen (§ 307 Abs. II).

c) Hierher gehört auch folgender Fall (des § 254 Abs. II Satz 1): Während in Folge konkurrirenden Verschuldens des Beschuldigten die Haftung des Kontraktschuldners für Schadensersatz eventuell gemindert oder ganz aufgehoben wird und der Beschädigte seinerseits theilweise oder gänzlich auf Schadensersatz verzichten muß, namentlich weil er es unterlassen hat, den Kontraktschuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, greift diese Ausnahme von der Regel nicht Platz, es behält vielmehr sein Bewenden bei der Ersatzpflicht des Kontraktschuldners, wenn dieser die Gefahr kennen mußte. — Diese Vorschrift ist (vergl. oben § 2 II 2) zu Folge § 846 (§§ 844, 845) auch innerhalb der Lehre von den unerlaubten Handlungen anzuwenden, wenn das konkurrirende Verschulden des Verletzten in Frage steht und es sich um einen Schadensersatzanspruch eines Dritten handelt, der die Kosten der Beerdigung des Verletzten zu tragen hat oder dem der Getödtete unterhaltspflichtig war (oder werden konnte) oder dem endlich die getödtete, körperlich verletzte oder ihrer Freiheit beraubte Person zur Leistung von Diensten im Hauswesen oder Gewerbe kraft Gesetzes verpflichtet war.

d) Der Hinterleger, der bei der Hinterlegung die gefahrdrohende Beschaffenheit der Sache kennen mußte,[53]) hat dem Verwahrer den durch die Beschaffenheit der Sache entstehenden Schaden zu ersetzen (§ 694).

2. Das Kennenmüssen (die fahrlässige Unkenntniß) bewirkt umgekehrt den Ausschluß eines Anspruchs auf Schadensersatz (wie oben sub II 5 a β, 5 c):

a) in dem Falle des § 179 III: Wer als Vertreter einen Vertrag schließt, aber seine Vertretungsmacht nicht nachweist, hat dennoch dem anderen Theile keinen Schadensersatz zu leisten, wenn dem Anderen der Mangel der Vertretungsmacht bekannt war oder bekannt sein mußte;

b) in dem oben sub 1 a erwähnten Falle des Anspruchs auf das „negative Vertragsinteresse" wegen Unmöglichkeit oder Gesetzwidrigkeit des Vertragsinhaltes, insofern nämlich der Benachtheiligte selber die Unmöglichkeit kennen mußte (§ 307 Abs. I Satz 2, § 309);

---

[53]) Was die Beweislast betrifft, so ergiebt die Formulirung des § 694, daß der Hinterleger den Beweis der Unkenntniß zu führen hat, nicht etwa der Verwahrer den Beweis der Kenntniß des Hinterlegers.

c) bei der wegen Irrthums statthaften Anfechtung und Nichtigkeitserklärung einer Ehe: hier verliert der zur Anfechtung seinerseits nicht berechtigte Ehegatte, wenn er den Irrthum bei Eingehung der Ehe kennen mußte, das ihm andernfalls zustehende Recht, zu verlangen, daß das Verhältniß der bisherigen Ehegatten nunmehr in vermögensrechtlicher Beziehung und insbesondere in Ansehung der Unterhaltspflicht so behandelt wird, als wenn die Ehe zur Zeit der Nichtigkeitserklärung geschieden und der andere Theil für allein schuldig erklärt worden sei (§ 1346 Satz 2).

3. Das Kennen-Müssen (die fahrlässige Unkenntniß) bewirkt den Ausschluß anderweitiger Rechtsvortheile noch in folgenden Fällen:

a) Ein Dritter kann sich nicht auf das Fortbestehen eines Auftragsverhältnisses bezw. einer Geschäftsführung durch einen Gesellschafter berufen, wenn er bei Vornahme eines Rechtsgeschäftes mit dem Beauftragten bezw. mit dem geschäftsführenden Gesellschafter wissen mußte, daß dessen Vollmacht zwar nicht durch Widerruf bezw. Kündigung, wohl aber in anderer Weise[54]) erloschen sei (§ 169 in Verbindung mit den unten sub 5a und b zu erörternden §§ 674 und 729).

b) Ein Dritter kann sich ebensowenig auf den formellen Fortbestand eines Vollmachtsverhältnisses berufen, sofern er bei Vornahme eines Rechtsgeschäftes mit dem Bevollmächtigten wissen mußte, daß die Vertretungsmacht erloschen sei, wennschon dies Erlöschen nicht vermittels des normalen Modus herbeigeführt worden war, nämlich: durch ausdrückliche Anzeige des Vollmachtgebers vom Erlöschen der seiner Zeit durch Erklärung gegenüber dem Dritten ertheilten Vollmacht bezw. durch öffentlichen Widerruf der seiner Zeit durch öffentliche Bekanntmachung kundgegebenen Bevollmächtigung bezw. durch Zurücknahme oder Kraftloserklärung der seiner Zeit durch Ausstellung und Vorlegung einer Vollmachtsurkunde kundgegebenen Bevollmächtigung (§ 173 in Verbindung mit § 170, § 171 Abs. II und 172 Abs. II).

c) Ein Dritter kann sich ferner nicht auf das Recht des Ehemannes, Inhabers der väterlichen Gewalt, Vormundes (Gegenvormundes, Pflegers) oder Nacherben zu der unten sub 5c—f zu erwähnenden interimistischen Fortführung der Verwaltung berufen, wenn er seiner-

[54]) z. B. durch Entmündigung des Beauftragten wegen Geisteskrankheit (§ 672 Satz 1 und § 104 Nr. 3).

seits die Beendigung der Verwaltung und Nutznießung kennen mußte (§ 1424 Abs. I Satz 2 und dazu §§ 1472 Abs. I Satz 2, 1497 Abs. II, 1549, 1546 Abs. I Satz 2; §§ 1682 Abs. I Satz 2 und Abs. II, 1686, §§ 1893 Abs. I und 1897, §§ 1895, 1915 Abs. I und § 2140 Satz 2).

d) Das Differenzgeschäft gilt als Spiel, es ist also nicht voll wirksam, sondern begründet nur eine Naturalobligation, sofern zwar nur ein Theil beim Vertragsschlusse die Absicht hegte, daß der Vertrag lediglich auf die Zahlung des Unterschiedes gerichtet sein solle, der andere Theil diese Absicht aber kennen mußte (§ 764 Satz 2).

4. Das Kennenmüssen (die fahrlässige Unkenntniß) verleiht sogar der Gegenpartei besondere Rechtsbehelfe (neben denen, welche mittelbar schon in den Fällen sub 2 und 3 beruhen), ebenso wie dies bereits in dem oben sub II 5aa erörterten Falle zu beobachten war, nämlich in folgender Weise:

a) Wer eine Willenserklärung abgegeben hat, kann sie wegen arglistiger Täuschung auch dann anfechten, wenn zwar nicht derjenige, gegenüber welchem die Willenserklärung abzugeben war, sondern ein Dritter es ist, von dem die Täuschung ausging,[55]) wenn aber der Empfänger der Erklärung die Täuschung kennen mußte (§ 123 Abs. II Satz 1). Ebenso ist die Willenserklärung unter dem Gesichtspunkte der Täuschung sogar einem Dritten gegenüber anfechtbar, weil er die Täuschung kennen mußte, wenn nämlich nicht (nicht blos) der Empfänger der Willenserklärung, sondern (sondern auch) der Dritte aus der Erklärung unmittelbar ein Recht erworben hat (§ 123 Abs. II Satz 2).[56])

b) Die rückwirkende Kraft der Anfechtung, vermöge deren das angefochtene Rechtsgeschäft als von Anfang an nichtig anzusehen ist, äußert sich soweit, daß, wer die Anfechtbarkeit kannte oder kennen mußte, so behandelt wird, als ob er die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts

[55]) Z. B. der Vermittler eines Hauskaufes, der im Einverständniß mit dem bisherigen Eigenthümer dem neuen Käufer falsche Angaben über die Miethserträge gemacht hat, welche diesen veranlaßten, die Offerte des bisherigen Eigenthümers anzunehmen.

[56]) z. B. der Ehemann schließt zu Gunsten seiner Ehefrau einen Versicherungsvertrag und macht der Versicherungsgesellschaft mit Wissen der Ehefrau falsche Angaben über seinen Gesundheitszustand.

kannte oder kennen mußte (§ 142 Abs. II). — Dies gilt nach § 1343 Abs. I Satz 2 auch bezüglich der Anfechtung einer Ehe.

c) Der debitor cessus einer verbrieften Forderung, welche unter Vorlegung der Urkunde abgetreten wird, kann sich dem neuen Gläubiger, der bei der Abtretung den Sachverhalt kennen mußte, darauf berufen, daß die Eingehung oder Anerkennung des Schuldverhältnisses nur zum Schein erfolgt oder daß die Abtretung durch Vereinbarung mit dem ursprünglichen Gläubiger ausgeschlossen worden sei (§ 405): dem fahrlässig kenntnißlosen Cessionar kann also eine exceptio simulationis oder eine exceptio pacti de non petendo entgegengehalten werden.

5. Der Augenblick des Kennen-Müssens (der fahrlässigen Unkenntniß) bewirkt die Beendigung gewisser obligationenrechtlicher, familien- und erbrechtlicher Vertrauensverhältnisse, mit welchen eine Geschäfts- und Vermögensverwaltung verknüpft ist: mit dem Augenblicke, in welchem er die Beendigung des Rechtsverhältnisses kennen mußte, endet dieses nämlich:

a) für den Geschäftsführer, selbst wenn der Auftrag nicht gerade in Folge Widerrufs erlosch (§ 674; vergl. dazu § 675);

b) für den geschäftsführenden Gesellschafter, selbst wenn die Gesellschaft nicht gerade durch Kündigung aufgelöst wird (§ 729);

c) für den Ehemann: die Befugniß des mit seiner Ehefrau nach gesetzlichem Güterrechte lebenden Ehemannes, auch nach Beendigung der Verwaltung und Nutznießung die Verwaltung des eingebrachten Gutes der Ehefrau fortzuführen, hört auf, sobald er sich in fahrlässiger Unkenntniß von der Beendigung befindet (§ 1424 Abs. I Satz 1); dasselbe gilt im Gebiete des vertragsmäßigen Güterrechts sowohl beim System der allgemeinen Gütergemeinschaft (§ 1472 Abs. I Satz 2), wie beim System der Errungenschaftsgemeinschaft (§ 1546 Abs. I Satz 2) und beim System der Fahrnißgemeinschaft (§ 1549) bezüglich des Gesammtgutes bis zur Auseinandersetzung der Ehegatten über dieses Gut;

d) für den Vater bezw. die Mutter (§ 1682 Abs. I Satz 1 und § 1686), welche auch nach Beendigung der elterlichen Gewalt die mit der Sorge für das Vermögen des Kindes verbundenen Geschäfte fortzuführen berechtigt waren;

e) für den Vormund bezw. Gegenvormund (§ 1895) über einen Minderjährigen (§ 1893 Abs. I) oder über einen Großjährigen (§ 1897) sowie für den Pfleger (§ 1915 Abs. I);

f) für den Vorerben, welcher auch nach dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge zur Verfügung über Nachlaßgegenstände in gleichem Umfange wie vorher berechtigt ist, bis er von dem Eintritte des Nacherbfalles Kenntniß erlangte oder ihn kennen mußte (§ 2140 Satz 1);

g) für den Testamentsvollstrecker, auf dessen Rechtsverhältniß zu den Erben die sub a erörterte Vorschrift über den Auftrag entsprechende Anwendung findet (§ 2218 Abs. I).

6. Zwar nicht von dem „Kennenmüssen", wohl aber von dem „Erkennenmüssen" handeln zwei andere Stellen des B.G.B., welche ohne Zweifel[57]) gleichfalls hierher — unter die Fälle der fahrlässigen Unkenntniß — zu stellen sind, nämlich:

a) § 149 Satz 1, welcher bezüglich des Vertragsschlusses unter Abwesenden besagt: „Ist eine dem Antragenden verspätet zugegangene Annahmeerklärung dergestalt abgesendet worden, daß sie bei regelmäßiger Beförderung ihm rechtzeitig zugegangen sein würde, und mußte der Antragende dies erkennen, so hat er die Verspätung dem Annehmenden unverzüglich nach dem Empfange der Erklärung anzuzeigen, sofern es nicht schon vorher geschehen ist." — Die Folge verzögerter Absendung dieser Anzeige ist nach Satz 2 desselben Paragraphen die Fiktion, daß die Annahme nicht verspätet sei. Unter eine der Gruppen sub 1—5 läßt sich dieser Fall nicht stellen.

b) § 678 erklärt bezüglich der Geschäftsführung ohne Auftrag: „Steht die Uebernahme der Geschäftsführung mit dem wirklichen oder dem muthmaßlichen Willen des Geschäftsherrn in Widerspruch und mußte der Geschäftsführer dies erkennen, so ist er dem Geschäftsherrn zum Ersatze des aus der Geschäftsführung entstehenden Schadens auch dann verpflichtet, wenn ihm ein sonstiges Verschulden nicht zur Last fällt." Diese Vorschrift ist nach § 687 Abs. II Satz 1 auch anzuwenden, wenn Jemand ein fremdes Geschäft als sein eigenes behandelt, obwohl er weiß, daß er dazu nicht berechtigt ist. — Systematisch gehört dieser Fall in die oben sub 1 erörterte Gruppe.

[57]) Für § 678 folgt dies schon aus dem Wortlaute, indem hier das fahrlässige Nichterkennen als ein Verschulden bezeichnet wird. Im Uebrigen vergl. auch Motive I S. 281.

7. Von genereller Wichtigkeit für einige der oben sub 1—6 zusammengestellten Fälle ist die Bestimmung des § 166, wonach (Abs. I) bei Vertretung, soweit die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung durch das Kennenmüssen gewisser Umstände beeinflußt werden, nicht die Person des Vertretenen sondern die des Vertreters in Betracht kommt, es sei denn (Abs. II), daß eine Vollmacht (eine durch Rechtsgeschäft ertheilte Vertretungsmacht) im Besondern und hier außerdem bestimmte Weisungen des Vollmachtgebers vorliegen, nach welchen der Vertreter handelte; denn alsdann darf sich der Vollmachtgeber in Ansehung solcher Umstände, die er selber kennen mußte, nicht auf etwaige unverschuldete Unkenntniß seines Vertreters berufen. — Da dieser § 166 nur von Willenserklärungen und ihren rechtlichen Folgen spricht, so interessirt er auch nur, wo gerade Willenserklärungen in Betracht kommen und wo zugleich eine Vertretung in Abgabe der Willenserklärung denkbar ist. Er wird also im Allgemeinen nur in den oben sub 1 a, 2 a und b, 3 a—d, 4 a—c, 5 a, b[58]) und g, 6 a und b erörterten Fällen Bedeutung gewinnen, nicht aber (oder doch nur unter bestimmten weiteren Umständen) in den Fällen 1 b—d, 2 c, 5 c—f.

§ 5.

Die Außerachtlassung der Sorgfalt.

Die „Sorgfalt" begegnet in mehrfacher Ausgestaltung, nämlich als die in eigenen Angelegenheiten übliche (I), als die im Verkehr erforderliche (II), als die „erforderliche" Sorgfalt überhaupt (III) und als die spezielle Sorgfalt, wie sie (anscheinend) einzelnen Kontraktsschuldnern im Besonderen obliegt (IV).

I. Die in eigenen Angelegenheiten übliche Sorgfalt („diejenige Sorgfalt, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt", § 277).

1. Das Gesetz macht nur für Verletzung dieser diligentia quam suis verantwortlich:

a) den Depositar im Falle unentgeltlicher Uebernahme der Aufbewahrung (§ 690);

b) den Gesellschafter bei der Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtungen (§ 708);

[58]) Hier (B. G.B. § 729) nämlich mit Rücksicht auf § 713 in Verbindung mit § 664 Abs. I Satz 2.

c) die Ehegatten (einander) bei der Erfüllung der sich aus dem ehelichen Verhältnisse ergebenden Verpflichtungen (§ 1359), also[59]) nicht etwa blos hinsichtlich der Angelegenheiten des ehelichen Güterrechts;

d) den Vater und die Mutter (dem Kinde gegenüber) bei der Ausübung der elterlichen Gewalt (§ 1664 und § 1686);

e) den Vorerben (dem Nacherben gegenüber) in Ansehung der Verwaltung der Erbschaft (§ 2131);

2. die Anwendung der diligentia quam suis schließt (§ 277, vergl. oben § 4 sub I 1) keineswegs die Haftung für grobe Fahrlässigkeit (oder gar Vorsatz) aus.

II. Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt. Das B. G.B., welches in bemerkenswerther Weise (vergl. meine Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch [oben Anm. 47] § 9 S. 77 ff.) darauf Bedacht genommen hat, daß seine Normen den Erfordernissen des Verkehrs entsprechen, und welches daher oft der „Verkehrsanschauung",[60]) der „Verkehrssitte",[61]) sowie „Treue und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte",[62]) Ausschlag gebende Bedeutung einräumt,[63]) erwähnt mehrfach auch „die im Verkehr erforderliche Sorgfalt". Hier ist Folgendes zu bemerken:[63a])

---

[59]) Denn § 1359 steht im fünften Titel des Abschnitts I („Bürgerliche Ehe") des IV. Buches („Familienrecht"), der von den „Wirkungen der Ehe im Allgemeinen" handelt, während erst der sechste Titel das „Eheliche Güterrecht" im Besonderen darstellt.

[60]) Ob eine Sache „im Verkehr als Zubehör angesehen wird", ist für die Pertinenzqualität maßgebend (§ 97 Abs. I Satz 2); ob „Eigenschaften der Person oder der Sache im Verkehr als wesentlich angesehen werden", ist wichtig für die Anfechtung einer Willenserklärung wegen Irrthums (§ 119 Abs. II).

[61]) „Wenn eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist," bleibt eine ausdrückliche Annahmeerklärung bei Verträgen unter Abwesenden entbehrlich (§ 151 Satz 1).

[62]) Vergl. die fundamentalen Regeln „Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern" (§ 157) und „der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern" (§ 242).

[63]) Vergl. auch Hachenburg, des B. G.B. für das deutsche Reich. Vorträge, Mannheim 1897, S. 6 ff.

[63a]) Vergl. inzwischen Wendt, Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt, Bürgerliches Gesetzbuch § 276, (im Archiv für civilistische Praxis Bd. 87, Neue Folge Bd. 37, Freiburg i. B., Leipzig und Tübingen 1897, S. 422—452).

1. Diese Sorgfalt wird nicht, wie die in eigenen Angelegenheiten erforderliche Sorgfalt (oben sub I) auf einzelne bestimmte Rechtsverhältnisse beschränkt, sondern greift überall da Platz, wo die *Vertretung der Fahrlässigkeit* in Betracht kommt. Denn nach § 276 Abs. I Satz 2 (vergl. oben § 4 sub II 1) handelt fahrlässig, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht läßt. Sie bildet also den Gradmesser der Fahrlässigkeit, indem diese bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt ausgeschlossen, bei Nichtanwendung dieser Sorgfalt vorhanden ist.

2. Die übrigen Gesetzesstellen, in welchen sie Erwähnung findet, sprechen ihr ausdrücklich *exkulpirende Wirkung* zu und gehören durchweg dem Titel „Unerlaubte Handlungen“ an (Tit. 25 des Buch II — „Recht der Schuldverhältnisse“ — Abschnitt VII „Einzelne Schuldverhältnisse“). Positiv auf die Verantwortlichkeit und auf die Rechtsfolgen der Fahrlässigkeit zugespitzt normiren sie eine Pflicht zum *Schadensersatze* und besagen im Einzelnen Folgendes:

a) Nach § 831 Abs. I Satz 2 greift (nachdem Satz 1 von der Haftung für widerrechtliche Schadenszufügung seitens eines Anderen gesprochen hat, den man zu einer Verrichtung bestellt und der den Schaden in Ausführung der Verrichtung zugefügt hat) eine Pflicht zum Schadensersatze Platz, wenn der Geschäftsherr bei der Auswahl der bestellten Person und, sofern er Verrichtungen oder Geräthschaften zu beschaffen oder die Ausführung der Verrichtung zu leiten hat, bei der Beschaffung oder der Leitung die *im Verkehr erforderliche Sorgfalt* nicht beobachtet hat und „wenn der Schaden bei *Anwendung dieser Sorgfalt*“ nicht „entstanden sein würde“. — Abs. II fügt noch hinzu, die gleiche Verantwortlichkeit treffe denjenigen, welcher für den Geschäftsherrn die Besorgung eines der im Abs. I Satz 2 bezeichneten Geschäfte durch Vertrag übernimmt. — Dazu sagt dann noch § 840 Abs. II „Ist neben demjenigen, welcher nach den §§ 831, 832 zum Ersatze des von einem Anderen verursachten Schadens verpflichtet ist, auch der Andere für den Schaden verantwortlich, so ist in ihrem Verhältnisse zu einander der Andere allein . . . verpflichtet“. — Endlich erklärt Einf.G. z. B. G.B. Art. 95 Abs. II die Vorschriften der §§ 831 und 840 auch auf das im Allgemeinen der landesrechtlichen Ordnung überlassene Gesinderecht für unbedingt anwendbar.

b) Nach § 834 Satz 2 ist für den durch ein Thier verursachten

Schaden an Leben, Körper oder Gesundheit eines Menschen oder an einer Sache die auf Grund eines Vertrages zur Aufsicht über das Thier verpflichtete Person verantwortlich, wenn sie die im Verkehr erforderliche Sorgfalt nicht beobachtet hat und wenn der Schaden bei Anwendung dieser Sorgfalt nicht entstanden wäre.

c) Nach § 836 Abs. I Satz 2 ist der Besitzer (d. h. Eigenbesitzer)[64]) eines Grundstücks wegen Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt zum Ersatze desjenigen Schadens verpflichtet, der durch Einsturz eines Gebäudes oder eines anderen mit einem Grundstücke verbundenen Werkes oder durch Ablösung von Theilen des Gebäudes oder Werkes entstanden ist und der den Tod, die Körperverletzung oder die Gesundheitsverletzung eines Menschen oder eine Sachbeschädigung herbeiführte, sofern einmal der Einsturz oder die Ablösung die Folge fehlerhafter Einrichtung oder mangelhafter Unterhaltung des Gebäudes oder Werkes war und sofern sich weiter die den Verkehrserfordernissen widersprechende Sorglosigkeit des Besitzers auf solche Maßregeln bezieht, welche zur Abwendung der Gefahr nothwendig gewesen wären.

d) Wegen der gleichen während seiner Besitzzeit stattgehabten Sorglosigkeit haftet nach § 836 Abs. II auch ein früherer Grundstücksbesitzer für die binnen einem Jahre nach Beendigung seines Besitzes eintretende Katastrophe, es sei denn, daß ein späterer Besitzer seinerseits durch Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt die Gefahr abwenden konnte.

e) Nach §§ 837 und 838 haftet in gleichem Maße und unter denselben Voraussetzungen:

α) derjenige, welcher auf einem fremden Grundstücke in Ausübung eines Rechts ein Gebäude oder ein anderes Werk besitzt[65]) sowie

β) derjenige, welcher auf Grund freiwilliger Uebernahme dieser Pflicht oder wegen eines ihm zustehenden Nutzungsrechts das Gebäude bezw. Werk zu unterhalten hat.[66])

---

[64]) B.G.B. § 836 Abs. III. Der Begriff „Eigenbesitzer wird in § 872 definirt („Wer eine Sache als ihm gehörend besitzt, ist Eigenbesitzer").

[65]) Seine Verantwortung tritt „an Stelle" der des Eigenbesitzers und wird nur durch seinen Exkulpationsbeweis ausgeschlossen.

[66]) Er ist „in gleicher Weise verantwortlich wie der Besitzer", also neben diesem.

III. Die „erforderliche Sorgfalt“ begegnet in mehreren Gesetzesstellen, welche von der Pflicht zur Leistung des Offenbarungseides handeln und denjenigen dieser sekundären Pflicht unterwerfen, bezüglich dessen Grund zu der Annahme besteht, daß er seiner primären Pflicht zur Auskunftertheilung „nicht mit der erforderlichen Sorgfalt“ nachgekommen sei. Eine Verpflichtung zum Schadensersatze wegen Vernachlässigung der Sorgfalt wird hier also keineswegs statuirt. Die betreffenden Gesetzesstellen beziehen sich auf folgende Personen:

1. auf denjenigen, welcher „verpflichtet ist, über eine mit Einnahmen oder Ausgaben verbundene Verwaltung Rechenschaft abzulegen“ und darum „dem Berechtigten eine die geordnete Zusammenstellung der Einnahmen oder der Ausgaben enthaltende Rechnung mitzutheilen und, soweit Belege ertheilt zu werden pflegen, Belege vorzulegen“; er unterliegt der angedeuteten Pflicht zur Leistung des Offenbarungseides, sofern die Einnahmen möglichenfalls nicht sorgfältig genug angegeben worden sind (§ 259 Abs. I u. II);

2. auf denjenigen, welcher „verpflichtet ist, einen Inbegriff von Gegenständen herauszugeben oder über den Bestand eines solchen Inbegriffs Auskunft zu ertheilen“[67]) und darum „dem Berechtigten ein Verzeichniß des Bestandes vorzulegen“: sofern das Verzeichniß möglichenfalls nicht sorgfältig genug aufgestellt worden ist (§ 260 Abs. I und II);

3. auf denjenigen, welcher „sich zur Zeit des Erbfalls mit dem Erblasser in häuslicher Gemeinschaft befunden hat“ und daher verpflichtet ist, „dem Erben auf Verlangen Auskunft darüber zu ertheilen, welche erbschaftliche Geschäfte er geführt hat und was ihm über den Verbleib der Erbschaftsgegenstände bekannt ist“: sofern die Auskunft möglichenfalls nicht sorgfältig genug ertheilt worden ist (§ 2028 Abs. I und II).

IV. Auf einzelne Kontraktsschuldner im Besondern bezieht sich:

1. „die dem Miether[68]) obliegende Sorgfalt“ (§ 553 a. E.) und

---

[67]) Z. B., wie auch § 2057 Satz 2 und § 2314 Abs. I Satz 2 ausdrücklich hervorheben, der kollationspflichtige Miterbe über die von ihm zur Ausgleichung zu bringende Zuwendung und der Erbe über den Bestand des Nachlasses, wenn der Pflichttheilsberechtigte nicht als Erbe eingesetzt ist.

[68]) Und daher auch dem Pächter; vergl. § 581 Abs. II.

2. „die ihm", d. h. dem Entleiher „obliegende Sorgfalt" (§ 605 Nr. 2), welche das Gemeinsame haben, daß ihre „Vernachlässigung", sofern sie eine erhebliche Gefährdung des Vertragsobjekts enthält, dem anderen Vertragstheile ein besonderes, von etwaiger Kündigungsfrist unabhängiges Kündigungsrecht giebt.

§ 6.

Der Verzug.[69])

Das B. G.B. enthält einen besonderen Titel (Tit. 2 des Ersten Abschnittes [„Inhalt der Schuldverhältnisse"] des Zweiten Buches [„Recht der Schuldverhältnisse"]) mit 12 Paragraphen (§§ 293—304) über den „Verzug des Gläubigers", giebt aber auch in den 9 vorangehenden Paragraphen (§§ 284—292), welche den Schluß des Tit. 1 („Verpflichtung zur Leistung") des Zweiten Buches bilden, eine zusammenhängende Reihe von Rechtsregeln über den Verzug des Schuldners. Aber auch im Uebrigen geschieht des Verzuges noch in einer großen Reihe von etwa 30 Einzelvorschriften Erwähnung, welche durch das ganze Gesetzbuch verstreut sind.[70]) — Wir wollen zuerst (A) den Inhalt jener Kardinalregeln des B. G.B. (also den Inhalt der §§ 284—304) ins Auge fassen und sodann (B) die übrigen Einzelbestimmungen, um weiterhin (C und D) die Gesammtresultate daraus zu entwickeln.

A. Die Kardinalregeln des B. G.B. über die mora.

I. Verzug des Schuldners (mora solvendi; §§ 284—292):

1. Die Voraussetzung. Verzug des Schuldners liegt vor, wenn er nach Eintritt der Fälligkeit die Leistung unterläßt entweder

---

[69]) Vergl. hierzu auch bereits Cosack §§ 105 f. S. 342 ff., Endemann, Einführung in das Studium des B. G.B., 3. und 4. Aufl., Berlin 1897/1898, Theil II §§ 149 ff. S. 613 ff. sowie Kohler in dieser Zeitschrift Bd. XIII (1897) S. 149 ff. Die Hereinziehung des Verzuges in die vorliegende Darstellung rechtfertigt sich dadurch, daß (vergl. unten sub D) wenigstens die mora solvendi ein „Verschulden" voraussetzt.

[70]) Davon werden wieder einige durch die an anderen Stellen erfolgenden Verweisungen auf weitere Anwendungsfälle ausgedehnt. Vergl. z. B. zu § 1613 (unten sub B II 10) die §§ 528 Abs. I Satz 3, 1360 Abs. III, 1580 Abs. III. Obwohl er von einer „Verzögerung" (nämlich der Bestellung des Vormundes) spricht, interessirt hier natürlich nicht B. G.B. § 1787 Abs. I (vergl. aber über diese Stelle, weil sie für „Verschulden" haftbar macht, oben § 2 sub I 2 b). Vergl. auch B. G.B. § 1308 Abs. II Satz 1 und unten sub B I 5.

a) nach vorangegangener Mahnung durch den Gläubiger bezw. Klageerhebung oder Zustellung eines Zahlungsbefehls (§ 284 Abs. I Satz 1 und 2) oder

b) auch ohne Mahnung, wenn die Regel 'dies interpellat pro homine' Platz greift, weil für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender entweder schlechthin oder mit Bezugnahme auf eine vorher auszusprechende Kündigung bestimmt worden ist (§ 289 Abs. II).

2. Exkulpation des Schuldners. Eine mora solvendi liegt rechtlich nicht vor, wenn die Leistung in Folge eines Umstandes unterbleibt, den der Schuldner nicht zu vertreten hat[71]) (§ 285).

3. Die Wirkungen der mora solvendi sind:

a) Die Pflicht zum Schadensersatze. (§ 286 Abs. I; vergl. auch §§ 288 Abs. II, 289 Satz 2). Hierbei ist noch Folgendes zu bemerken:

α) Der Geldbetrag, welcher als Ersatz für den während des Verzuges eingetretenen Untergang des herauszugebenden Gegenstandes oder für die Unmöglichkeit der Herausgabe oder für die in Folge der Verschlechterung eingetretene Werthverminderung zu leisten ist, muß auf Verlangen des Gläubigers von dem der Werthbestimmung zu Grunde zu legenden Zeitpunkte an mit vier Prozent verzinst werden (§ 290 Satz 1 und 2).

β) Der Ersatzanspruch wird durch den Anspruch des Gläubigers auf Verzugszinsen von einer Geldschuld (unter sub c α) nur auf die Differenz beschränkt, nicht gänzlich beseitigt (§ 288 Abs. II) und ebensowenig durch den vom Gesetze vorgesehenen Ausschluß einer Verzinsung der Verzugszinsen selber (§ 289 Satz 2).

γ) Der Ersatzanspruch bestimmt sich, wenn er auf dem Untergange, auf der sonstigen Unmöglichkeit der Herausgabe oder auf der Verschlechterung eines Sachindividuums basirt, nach den Regeln über die Herausgabepflicht, welcher der Besitzer von Rechtshängigkeit einer Eigenthumsklage an unterliegt[72]) (§ 292 Abs. I).

δ) Auch wenn der Gläubiger einen Anspruch auf Herausgabe oder Vergütung von Nutzungen hat, regelt sich dieser Anspruch nach den sub γ angedeuteten Grundsätzen (§ 292 Abs. II).

---

[71]) Beispiele vergl. bereits bei Endemann und Gareis, Einführung (Berlin 1896) S. 125.

[72]) B.G.B. §§ 985ff. und insbes. zu § 990 Abs. II (§ 2024 Satz 3) auch unten sub B II, 7.

ε) Der Anspruch auf Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung kann sich auf Verlangen des Gläubigers in einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung verwandeln (und dann des Näheren nach den Vorschriften über das vertragsmäßige Rücktrittsrecht, §§ 346 bis 356 regeln), wenn der Gläubiger wegen nunmehrigen Mangels eines Interesses an der verspäteten Leistung diese ablehnt (§ 286 Abs. II).

b) Erweiterung der Haftung des Schuldners. Dieser haftet nämlich auf Grund seines Verzuges:

α) für jede Fahrlässigkeit (§ 287 Satz 1: vergl. oben § 4 sub II 2) und auch

β) für den Zufall, welcher die Leistung unmöglich macht und nicht auch bei rechtzeitiger Leistung den Schaden herbeigeführt haben würde (§ 287 Satz 2).

c) Zinspflicht. Der Schuldner hat:

α) von einer Geldschuld [73]) während des Verzuges vier Prozent Verzugszinsen zu entrichten (§ 288 Abs. I Satz 1) unbeschadet eines etwaigen Anspruchs des Gläubigers auf höhere Zinsen (§ 288 Abs. I Satz 2); [74])

β) von einem zu ersetzenden Werthbetrage, wie bereits sub a α bemerkt wurde, gleichfalls vier Prozent Zinsen zu entrichten (§ 290 Satz 1 und 2).

4. Der Verzug des Schuldners schließt nicht aus, daß dieser bei Schadensersatz wegen Nichtherausgabe oder Verschlechterung eines bestimmten Gegenstandes (oben sub 3 a γ) Gegenansprüche auf Ersatz von impensae geltend macht; auch diese richten sich nach den Regeln über das Rechtsverhältniß zwischen Eigenthümer und herausgabepflichtigem Besitzer (§ 292 Abs. II).

II. Verzug des Gläubigers (mora accipiendi, §§ 293 bis 304).

1. Die Voraussetzungen. [75]) Verzug des Gläubigers liegt vor:

[73]) Nur vom Kapital selber, nicht von den Zinsen; also keine Zinseszinsen (§ 289 Satz 1, 291 Satz 2); vergl. jedoch wegen des Fortbestandes einer Schadensliquidation oben sub a β.

[74]) Liegt kein Verzug vor, beginnt die Verzinsungspflicht mit der Rechtshängigkeit bezw. dem späteren Fälligkeitsmomente (§ 291 Satz 1).

[75]) Darüber, daß bei der mora accipiendi im Gegensatze zur mora solvendi ein Verschulden nicht zu den Voraussetzungen gehört, vergl. unten sub D 4.

a) wenn er die Leistung nicht annimmt, obwohl sie ihm gehörig angeboten wurde (§ 294).[76]) Sie muß ihm nämlich angeboten werden:

α) so wie sie zu bewirken ist (§ 294), also nach Inhalt, Ort und Zeit in gehöriger Weise, oder doch wenigstens

β) durch (bloßes) wörtliches Angebot (§ 295),[77]) wenn nämlich der Gläubiger

α') dem Schuldner erklärt hat, daß er die Leistung nicht anzunehmen gedenke oder

β') zur Bewirkung der Leistung auch seinerseits eine Handlung vorzunehmen, insbesondere die geschuldete Leistung abzuholen hat; in derartigen Fällen der „Holschuld" ist die Aufforderung zur Vornahme der Handlung dem ausdrücklichen Angebot der Leistung gleichbedeutend (§ 295 Satz 2) und das Angebot ganz entbehrlich, wenn der Gläubiger jene Handlung nicht von selbst rechtzeitig vornimmt, obwohl die Zeit für die Handlung durch den Kalender bestimmt war, sei es schlechthin, sei es mit Bezugnahme auf eine vorher auszusprechende Kündigung (§ 296; vergl. oben sub I 1 b);

b) wenn er zwar die vom Schuldner angebotene Leistung anzunehmen bereit ist, aber die von ihm seinerseits geschuldete und verlangte Gegenleistung anzubieten unterläßt (§ 298).

2. Exkulpation des Gläubigers. Trotz des gehörig erfolgten Angebots gerät der Gläubiger nicht in mora accipiendi:

a) wenn der Schuldner seinerseits zu seiner Leistung zur Zeit des Angebots bezw. zu der sub 1 a ββ' erörterten, für die Handlung des Gläubigers bestimmten Zeit außer Stande ist (§ 297) und

b) wenn bei unbestimmter Leistungszeit oder bei Berechtigung des Schuldners, vor der bestimmten Zeit zu leisten, der Gläubiger an der Annahme der angebotenen Leistung vorübergehend verhindert ist (es müßte ihm denn seitens des Schuldners die Leistung angemessene Zeit vorher angekündigt worden sein) (§ 299).

3. Die Wirkungen der mora accipiendi sind:

a) Eine Ersatzpflicht. Der Gläubiger hat nämlich dem Schuldner auf Verlangen die Mehraufwendungen für das erfolglose

[76]) Zu dieser Bestimmung vergl. auch Kohler a. a. O. S. 150.

[77]) Vergl. Kohler a. a. O. S. 196 f.

Angebot und für Aufbewahrung und Erhaltung des geschuldeten Gegenstandes zu ersetzen (§ 304).[78])

b) Herabminderung der Haftung des Schuldners. Der Schuldner haftet nämlich fortab:

α) nur noch für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit (§ 300 Abs. I, vergl. oben § 3 sub B I 1a);

β) nicht mehr für den Zufall; vielmehr geht die Gefahr vom Augenblicke des Annahmeverzuges auf den Gläubiger über, selbst wenn es sich um Gattungssachen handelt (§ 300 Abs. II).

c) Herabminderung der Leistungen des Schuldners, indem dieser durante mora creditoris:

α) bei verzinslicher Geldschuld von der Zinspflicht befreit ist (§ 301) und

β) bei Verpflichtung zur Herausgabe oder zum Ersatze von Nutzungen eines Gegenstandes nur die fructus percepti herauszugeben bezw. zu ersetzen hat (§ 302).

d) Berechtigung des Schuldners, den Besitz des von ihm herauszugebenden Grundstückes nach vorheriger Androhung (sofern diese überhaupt thunlich ist) aufzugeben (§ 303).[79])

B. Die **Einzelvorschriften**, welche sich im B. G.B. betreffs des Verzuges finden. Sie lassen sich in solche scheiden, welche (I) für alle Rechtsverhältnisse oder doch für eine unbegrenzbare Zahl der Rechtsverhältnisse[80]) gelten, also eine Ergänzung der sub A geschilderten Kardinalregeln bilden, und in solche, welche (II) nur einzelne bestimmte Rechtsverhältnisse angehen.

I. Generelle Vorschriften, welche das B.G.B. außer den sub A aufgezählten bietet, sind die nachstehenden:

1. Betreffs der mora debitoris:

a) In Folge Verzuges wird eine Konventionalstrafe verwirkt, welche der Schuldner dem Gläubiger für den Fall der Nichterfüllung oder der nicht gehörigen Erfüllung seiner Verbindlichkeit versprochen

---

[78]) Vergl. Kohler a. a. O. S. 274 f.

[79]) Vergl. Kohler a. a. O. S. 208.

[80]) Eine Klausel ist wegen der Fälle sub I 1c (bilaterale Verträge) und wegen der Fälle sub I 2a erforderlich, weil hier nur bestimmte besondere Kategorien von Leistungsobjekten in Betracht kommen und die meisten res certae dabei ausgeschlossen sind.

hat (§ 339 Satz 1). Diese Folge tritt auch dann ein, wenn es sich bei der versprochenen Strafe nicht um eine Geldsumme handelt, sondern um eine andere Leistung. (§ 342.) Die verwirkte Strafe schließt den Anspruch auf effektive Erfüllung nicht aus bei einer Geldstrafe, welche der Schuldner für den Fall nicht gehöriger, insbesondere nicht rechtzeitiger Erfüllung seiner Verbindlichkeit versprochen hatte. (§ 341 Abs. I.)

b) Bei vertragsmäßigem Rücktrittsrechte darf dem rücktrittsberechtigten, deshalb aber zugleich zur Rückgewähr des empfangenen Gegenstandes verpflichteten Theile, wenn er mit der Rückgewähr in Verzug kommt, von dem anderen Kontrahenten eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmt werden, daß die Annahme nach Ablauf der Frist abgelehnt werde. Wenn alsdann die Rückgewähr nicht binnen dieser Frist erfolgt, wird der Rücktritt selber unwirksam (§ 354).

c) Bei gegenseitigen (bilateralen) Verträgen[81]) ist die Folge des Verzuges des einen Kontrahenten[82]) diese:

α) Im Allgemeinen kann ihm seitens des anderen Kontrahenten eine angemessene Nachfrist zur Leistung mit der Erklärung gestellt werden, daß nach Ablauf dieser Frist die Leistung abgelehnt werde. Nach erfolglosem Ablaufe der Frist hat dann dieser ablehnende Kontrahent unter Ausschluß des Anspruchs auf nachträgliche Erfüllung die Wahl zwischen Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt vom Vertrage (§ 326 Abs. I Satz 1 und 2).

β) Auch ohne Setzung einer Nachfrist ist der andere Kontrahent zu der Wahl zwischen Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt vom Vertrage berechtigt, wenn die verspätete Erfüllung für ihn kein Interesse mehr hat (§ 326 Abs. II).

2. Betreffs der mora creditoris:

a) Die mora accipiendi des Gläubigers giebt dem Schuldner ein Recht, sich durch Hinterlegung bei einer öffentlichen Hinterlegungsstelle von der Leistung zu befreien.[83]) Dies Recht erstreckt sich:

[81]) Wegen eines Ausnahmefalles (Kreditkauf) vergl. unten sub II 1 a.

[82]) In Richtung auf seine Verbindlichkeit ist er debitor; daß er in Rücksicht auf die Verbindlichkeit des Gegenkontrahenten creditor ist, bleibt hier gleichgültig.

[83]) Kohler a. a. O. S. 209 ff.

α) wenn das geschuldete Objekt in Geld, Werthpapieren oder sonstigen Urkunden oder Kostbarkeiten besteht,[84]) auf das Schuldobjekt selber (§ 372 Satz 1), dagegen

β) wenn eine zur Hinterlegung ungeeignete Sache geschuldet wird, auf den Erlös, welchen eine vom Schuldner veranlaßte, am Leistungsorte vorgenommene Versteigerung[85]) des Schuldobjekts ergiebt (§ 383 Satz 1).

b) Bei gegenseitigen Verträgen kann, wenn nicht Erfüllung Zug um Zug, sondern Vorleistung des einen Theiles zu erfolgen hat, dieser Theil bei mora accipiendi des Gegenkontrahenten statt auf Erfüllung Zug um Zug auf Leistung nach Empfang der Gegenleistung klagen (§ 322 Abs. II).

c) Im Falle b sowie hinsichtlich eines dem Gegner[86]) zustehenden Zurückbehaltungsrechtes (§ 273) und zwar hier überhaupt bei allen Schuldverhältnissen, nicht blos bei den gegenseitigen, besitzt für die Zwangsvollstreckung (nach § 322 Abs. III und § 274 Abs. II[87]) der siegreiche Gegner die Befugniß, daß er bei Verzug des anderen Theiles in Annahme der Gegenleistung seinen Anspruch auch ohne Bewirkung dieser Gegenleistung verfolgen darf.

d) Im Falle der Alternativobligation geht bei Verzug des wahlberechtigten Gläubigers und nach vergeblichem Ablauf der vom Schuldner gesetzten angemessenen Nachfrist das Wahlrecht auf den Schuldner über (§ 264 II).[88])

3. Sowohl der Schuldner wie der Gläubiger kommt in Betracht in § 315 Abs. III Satz 2, wonach, wenn die Vertragsleistung durch einen der Kontrahenten nach billigem Ermessen bestimmt werden soll, diese Bestimmung aber „verzögert"[89]) wird, sie durch Urtheil zu treffen ist.

[84]) Oder in anderen Gegenständen, welche zu Folge der Klausel des Einf.G. z. B.G.B. Art. 146 vom Landesrecht in den Kreis der Depositalgegenstände aufgenommen werden.

[85]) „Selbsthülfeverkauf". Nähere Vorschriften über die Versteigerung enthalten § 383 II und III und §§ 384—386.

[86]) Das B.G.B. § 274 II spricht zwar von der Klage des Gläubigers und dem Annahmeverzug des Schuldners; dennoch liegt für letzteren vom Standpunkte seines Anspruchs aus mora accipiendi vor; vergl. oben Anm. 82.

[87]) Vergl. Kohler a. a. O. S. 273.

[88]) Kohler a. a. O. S. 183 ff.

[89]) Wegen dieses Ausdrucks, welcher andeutet, daß es sich nicht um eigentlichen „Verzug" in der Erfüllung handelt, vergl. auch § 319 (unten sub 5) und § 1787 I Abs. 1 (oben Anm. 70).

4. Bei Mehrheit von Schuldnern bezw. Gläubigern[90]) wirkt:

a) Der Verzug des Gläubigers gegenüber einem der Gesammtschuldner auch für die übrigen Schuldner (§ 424), sodaß die sub A II und B I 2 erwähnten Rechtsvorschriften ihnen allen zu Gute kommen;

b) der Verzug eines Gesammtgläubigers auch gegen die übrigen Gesammtgläubiger (§ 429 Abs. I), sodaß sie alle unter denselben allgemeinen Rechtsvorschriften (oben sub A II und B I 2) zu leiden haben.

5. Auch der Verzug einer dritten Person kann von Interesse werden und zwar nach B.G.B. § 319 bei Schuldverhältnissen überhaupt, wenn dieser Dritte die Leistung des Schuldners näher bestimmen soll und diese Bestimmung „verzögert".[91]) Die Folgen dieser Zögerung gehen dahin, daß:

a) die dem Dritten überlassene Bestimmung durch Urtheil vorzunehmen ist, wenn sie nach billigem Ermessen jenes Dritten erfolgen sollte (§ 319 Abs. I), wogegen

b) der Vertrag selber unwirksam wird, wenn die Bestimmung nach freiem Belieben des Dritten getroffen werden sollte (§ 319 Abs. II).

II. Nur auf einzelne Rechtsverhältnisse (zumeist obligatorischer Natur)[92]) beziehen sich alle übrigen Einzelvorschriften des B.G.B., in denen der „Verzug" Erwähnung findet. Diese Rechtsverhältnisse sind:

1. Kauf. Hier interessirt der Verzug des Käufers in Zahlung des Kaufgeldes. Im Falle dieses Verzuges ist zwar

a) beim Kreditkaufe das oben sub I 1 c α geschilderte Wahlrecht zwischen Rücktritt vom Vertrage und Schadensersatz wegen Nichterfüllung ausgeschlossen (§ 454) und der Verkäufer auf den Ersatzanspruch allein beschränkt; andererseits aber ist

b) bei Vorbehalt des Eigenthums an einer verkauften beweglichen Sache bis zur Zahlung des Kaufpreises im Zweifel der Verkäufer zum Rücktritt berechtigt (§ 455).

2. Schenkung:

a) Der Schenker hat keine Verzugszinsen zu zahlen (§ 522).

b) Wegen seines Alimentationsanspruches (§ 528 Abs. I Satz 3) vergl. unten sub 10.

---

[90]) Vergl. auch Kohler a. a. O. S. 170 f.

[91]) Vergl. die Anm. 89.

[92]) Vergl. wegen § 42 Abs. II Satz 2 und § 53 („verzögert") oben § 2 sub I 2 a.

3. Miethe und[93]) Pacht:

a) Verzug des Vermiethers bezw. Verpächters in Beseitigung von Mängeln[94]) des Mieths- bezw. Pachtobjektes berechtigt den Miether bezw. Pächter, statt des Anspruches auf Befreiung vom Mieths- bezw. Pachtzinse oder auf Reduktion des Zinses einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu erheben (§ 538 Abs. I) oder auch den Mangel selber zu beseitigen und dann Ersatz der Aufwendungen zu verlangen (§ 538 Abs. II).

b) Verzug des Miethers bezw. Pächters in Bezahlung des Mieths- bezw. Pachtzinses oder eines Theiles davon giebt dem Vermiether bezw. Verpächter ein von der Kündigungsfrist unabhängiges Kündigungsrecht, wenn der Verzug sich auf zwei aufeinanderfolgende Zinszahlungstermine erstreckt (§ 554 Abs. I Satz 1). Diese mora wird geheilt, und die Kündigung ist ausgeschlossen, wenn vor der Kündigungserklärung die Befriedigung des Vermiethers bezw. Verpächters stattfand (§ 554 Abs. I Satz 2); unwirksam wird die Kündigung, wenn der Miether bezw. Pächter unverzüglich nach Empfang der Kündigungserklärung von einem ihm zustehenden Kompensationsrechte Gebrauch macht (§ 554 Abs. II).

4. Dienstvertrag. Annahmeverzug des Dienstberechtigten giebt dem Dienstpflichtigen den Anspruch auf die vereinbarte Vergütung. Der Dienstberechtigte seinerseits darf die Nachleistung nicht verlangen, wohl aber dem Dienstpflichtigen den Werth dessen in Abzug bringen, was dieser in Folge Unterbleibens der Dienstleistung ersparte und was er durch anderweitige Verwendung seiner Dienste erwarb oder erwerben konnte[95]) (§ 615).[96])

5. Werkvertrag:

a) Verzug des Unternehmers in Beseitigung eines Mangels[96a])

---

[93]) Wegen § 581 Abs. II.

[94]) Es müssen dabei nach § 537 solche Mängel vorliegen, welche die Tauglichkeit des Objekts zum vertragsmäßigen Gebrauche aufheben oder mindern (§ 537 Abs. I), oder ein sofortiger oder später eingetretener Mangel einer zugesicherten Eigenschaft (§ 537 Abs. II).

[95]) „Zu erwerben böswillig unterläßt"; vergl. unten § 13 sub 2b.

[96]) Zu diesem § 615 vergl. auch Kohler a. a. O. S. 164 ff.

[96a]) Auch hier kommen in Betracht ähnlich wie sub 3a (oben Anm. 94) zugesicherte Eigenschaften sowie Fehler, welche den Werth oder die Tauglichkeit zum gewöhnlichen bezw. vertragsmäßig vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder mindern.

des Werkes berechtigt den Besteller zur Beseitigung des Mangels und zur Liquidation der erforderlichen Aufwendungen (§ 633 Abs. III).

b) Verzug des Bestellers:

α) Verzug in Annahme des abnahmefertigen Werkes läßt die Gefahr auf den Besteller übergehen (§ 644 Abs. I Satz 2);[97])

β) Verzug in Vornahme einer bei der Herstellung des Werkes erforderlichen Handlung des Bestellers[98]) berechtigt den Unternehmer zu dem Anspruche auf angemessene Entschädigung (§ 642 Abs. I), die sich in ihrer Höhe (unter Berücksichtigung der Ersparnisse des Unternehmers und der anderweitigen Erwerbsmöglichkeit) nicht blos nach der Höhe der vereinbarten Vergütung, sondern auch nach der Dauer des Verzuges richtet (§ 642 Abs. II). Außerdem darf der Unternehmer dem Besteller eine angemessene Nachfrist zur Vornahme jener Handlung stellen und dabei zugleich für den Fall, daß der Besteller die Handlung vorzunehmen dennoch unterläßt, den Vertrag kündigen. Dieser gilt dann bei erfolglosem Fristverlauf ohne Weiteres als aufgehoben (§ 643), ohne daß dadurch jedoch dem Unternehmer der Anspruch auf den seiner Arbeitsleistung entsprechenden Theil der Vergütung und auf Ersatz der in der Vergütung nicht einbegriffenen Auslagen verloren ginge (§ 645 Abs. I Satz 2).

6. Bürgschaft. Verzug des Hauptschuldners hat für den Bürgen folgende Wirkung:

a) Auch der Bürge ist für eine durch Verzug des Hauptschuldners eintretende Veränderung der Obligation (vergl. oben sub A I 3 und B I 1) haftbar (§ 767 Abs. I Satz 2).

b) Doch darf der Bürge vom Hauptschuldner Befreiung von der Bürgschaft verlangen,[99]) sofern er sich in dessen Auftrage verbürgt hatte oder sofern er nach den Regeln über die negotiorum gestio wegen Uebernahme der Bürgschaft gegen den Hauptschuldner die Rechte eines Mandatars besitzt[100]) (§ 775 Abs. I Nr. 3).

---

[97]) Kohler a. a. O. S. 266.

[98]) z. B. Lieferung des Stoffes (Motive II S. 495) oder bei einem Bau Anfertigung der Baupläne bezw. der Pläne für die innere Einrichtung.

[99]) Statt dessen muß er sich mit Sicherheitsleistung seitens des Hauptschulders begnügen, wenn die Hauptverbindlichkeit noch nicht fällig ist (§ 775 Abs. II). Da alsdann aber wiederum von einem Verzuge noch nicht die Rede sein kann, so interessirt dieser Fall für unsere Frage nicht.

[100]) D. h. nach §§ 683 und 684 Satz 2, sofern die Bürgschaftsübernahme

7. Besitz und Erbschaftsbesitz. Die allgemeinen Rechtsregeln über die Folgen des Verzuges bleiben unberührt, wenn es sich um die Haftung des Besitzers bezw. Erbschaftsbesitzers für Schadensersatz wegen Verschlechterung, Unterganges oder sonstiger Unmöglichkeit der Herausgabe einer Sache oder für Nutzungen handelt. Da nämlich die Haftung des Besitzers in Buch III („Sachenrecht“) geregelt ist, erschien es dem Gesetzgeber mit Recht erforderlich, die Anwendbarkeit der allgemeinen, im Zweiten Buche („Recht der Schuldverhältnisse“) gebotenen Regeln, auch auf die Schadensersatzpflicht des Besitzers ausdrücklich hervorzuheben. Dies ist der Sinn und Zweck des § 990 Abs. II[101]) (§ 2024 Satz 3), dessen Inhalt freilich besser in einem besonderen Paragraphen zum Ausdrucke gelangt wäre.

8. Nießbrauch an einem Vermögen. Hier entsteht auf Grund des Verzuges eine eigenthümliche Herausgabepflicht des Nießbrauchers. Sind nämlich vor Bestellung des Nießbrauchs an seinem Vermögen gegen den Besteller verzinsliche Forderungen anderer Gläubiger oder solche Ansprüche auf wiederkehrende Leistungen entstanden, welche bei ordnungsmäßiger Verwaltung aus den Einkünften dieses Vermögens bestritten werden, und ist der Nießbraucher alsdann mit seiner, gegenüber dem Besteller bestehenden Pflicht zur Befriedigung jenes Gläubigers im Verzuge, so darf der Besteller zum Zwecke solcher Befriedigung jener Gläubiger die Rückgabe von einzelnen Bestandtheilen des zu Nießbrauch gegebenen Vermögens verlangen (§ 1088 Abs. III Satz 2).

9. Hypothek. Der Hypothekengläubiger darf (wie gegenüber dem persönlichen Schuldner der hypothekarisch eingetragenen Forderung

---

nachträglich vom Hauptschuldner ratihabirt wurde oder sofern sie dem Interesse und dem wirklichen oder muthmaßlichen Willen des Hauptschuldners entsprach oder sofern sie zwar gegen dessen Willen erfolgte, es sich aber um gesetzliche Alimentationspflicht des Hauptschuldners oder um eine solche Pflicht desselben handelt, welche im öffentlichen Interesse liegt.

[101]) Obiges ergiebt sich mit Deutlichkeit aus der viel klareren Fassung des entsprechenden § 934 in der I. Lesung (vergl. dazu auch Motive Bd. III S. 408 f.), während die jetzige Stellung dieser Bestimmung als Abs. II des § 990 zunächst den Eindruck erweckt, als denke der Gesetzgeber auch in Abs. II nur, wie in Abs. I, an den bösgläubigen Besitzer (nicht auch an den in § 989 erwähnten gutgläubigen Besitzer) und als beziehe sich auch Abs. II auf den Zeitpunkt, nicht auf das Maß der Haftung. — Bei den Verweisungen auf § 990, welche in §§ 991 Abs. I, 994 Abs. II und 996 gegeben sind, ist aber offenbar nur § 990 Abs. I, nicht unser § 990 Abs. II gemeint.

so auch) gegenüber dem (davon möglichenfalls verschiedenen) Eigenthümer des verhafteten Grundstücks Verzugszinsen und zwar aus dem Grundstücke selber beanspruchen, sofern gegenüber dem Gläubiger die Voraussetzungen einer mora solvendi (oben sub A I 1) vorliegen (§ 1146).[102])

10. Unterhaltspflicht. Der Unterhaltsberechtigte kann wegen Verzuges des Unterhaltspflichtigen von dem Verzuge ab die Erfüllung oder den Schadensersatz wegen Nichterfüllung auch für die Vergangenheit fordern. Es gilt dies sowohl von der Unterhaltsberechtigung der Verwandten (§ 1613) wie von der der Ehegatten während der Ehe (§ 1360 Abs. III Satz 2) und nach der Scheidung (§ 1580 Abs. III), wie endlich von der Unterhaltsberechtigung des verarmten Schenkers (§ 528 Abs. I Satz 3; vergl. auch oben sub 2b).

C. Vergleicht man die allgemeinen Rechtsfolgen des Verzuges (oben sub A und sub B I) und die für einzelne bestimmte Rechtsverhältnisse getroffenen Gesetzesvorschriften (oben B II) miteinander, um so ein **Gesammtresultat** zu gewinnen, und ordnet man diese Kombination nach dem Standpunkte der betheiligten Personen (des säumigen Theiles und seines Gegners), so gewinnt man folgenden Ueberblick über die Wirkungen des Verzuges.

I. Die dem Säumigen selber aus seinem Verzuge erwachsenen Nachtheile sind:

1. Die Schadensersatzpflicht. Sie greift Platz:

a) bei allen Schuldverhältnissen überhaupt zu Ungunsten des morosen Schuldners (oben sub A I 3a);

b) desgleichen im Gebiet des Sachenrechts zu Ungunsten des morosen Besitzers und Erbschaftsbesitzers (oben sub B II 7);

c) aber auch zu Ungunsten des morosen Gläubigers einer Obligation, was Mehraufwendungen des Schuldners für das Angebot der Leistung und für Aufbewahrung und Erhaltung des Leistungsobjektes betrifft (oben sub A II 3a);

d) bei allen bilateralen Verträgen (ausgenommen Kreditkauf; vergl. B II 1a) nach erfolglosem Ablaufe der Nachfrist, hier jedoch

[102]) Vergl. zu dieser Bestimmung auch Best, Das Grundbuch- und Hypothekenrecht der neuen bürgerlichen Gesetzgebung für das deutsche Reich, Theil II (Gießen 1896) S. 64 f.

unter Wahlrecht des Gegenkontrahenten zwischen Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt vom Vertrage (oben B I 1c);

e) bei Verzug des Vermiethers oder Verpächters in Beseitigung von Mängeln: hier unter Wahlrecht des Gegenkontrahenten zwischen Schadensersatz wegen Nichterfüllung, Ersatz der Aufwendungen für persönliche Beseitigung der Mängel und Niederschlagung bezw. Reduktion des Zinses (oben B II 3a);

f) bei Verzug des Alimentationspflichtigen wahlweise mit dem Anspruch auf nachträgliche Erfüllung und zwar auch für die Vergangenheit (oben B II 10);

g) bei Verzug des Dienstberechtigten in Annahme der Dienste sowie bei Verzug des Bestellers eines Werkes in Vornahme der ihm obliegenden Handlung: beide Male als modifizirter Anspruch auf die vereinbarte bezw. angemessene Vergütung (oben B II 4 und 5bβ);

h) bei Verzug des Unternehmers eines Werkes in Beseitigung von Mängeln als Anspruch auf Ersatz der erforderlichen Aufwendungen für Beseitigung der Mängel durch den Besteller des Werkes (oben B II 5a).

2. Die Pflicht zur Zahlung von Verzugszinsen. Sie trifft den säumigen Obligationsschuldner überhaupt betreffs einer Geldschuld und betreffs Geldersatzes für einen herauszugebenden Gegenstand oder für dessen Werthminderung (oben A I 3 c); eine Ausnahme besteht aber zu Gunsten des Schenkers (B II 2 α) (dagegen nicht zu Gunsten des Grundstückseigenthümers gegenüber der hypothekarischen Forderung, oben B II 9).

3. Uebergang der Gefahr auf den Säumigen. Dieser Uebergang tritt ein:

a) Bei allen Schuldverhältnissen ganz allgemein, und zwar trifft der Zufall den säumigen Theil jedesfalls, mag er nun die Gläubiger- oder Schuldnerrolle spielen (oben A I 3 b β und A II 3 b β).

b) Beim Werkvertrage insbesondere, sofern der Besteller in Verzug der Annahme des Werkes geräth (oben B II 5 b α). Diese Vorschrift enthält zwar angesichts der sub a erwähnten Regel nichts Besonderes; die ausdrückliche Aufnahme dieses Anwendungsfalles der Regel in das B.G.B. empfahl sich aber ebenso wie die anderen Vorschriften des § 644 Abs. 1 (Satz 1 und Satz 3) zur völligen Klarstellung dieser Fragen.[103])

[103]) Vergl. Motive Bd. II S. 498, Haidlen S. 716.

4. Ausdehnung der Haftung des säumigen Schuldners auf jede Fahrlässigkeit (oben A I 3 b α).

5. Sistirung des Zinslaufes bei einer verzinslichen Geldschuld, sowie Verlust des etwaigen Anspruches auf fructus percipiendi: beides im Falle eines Annahmeverzuges des Gläubigers zu dessen Ungunsten (oben A II 3 c).

6. Einzelne Rechtsnachtheile, welche den Säumigen neben den sub 1 bis 5 erwähnten, genereller zur Anwendung gelangenden, treffen, sind folgende:

a) Die Verwirkung der Konventionalstrafe im Falle B I 1 a.

b) Der Uebergang des Wahlrechtes vom Gläubiger auf den Schuldner im Falle B I 2 d.

c) Der Verlust des vertragsmäßigen Rücktrittsrechtes bei modifizirtem Verzuge (oben B I 1 b).

d) Die Pflicht, auch für die Vergangenheit Alimente zu zahlen (oben B II 10).

e) Die Pflicht zur Herausgabe einzelner Bestandtheile eines in Nießbrauch gegebenen Vermögens (oben B II 8).

f) Der Verlust des Anspruches auf Erfüllung eines Dienstvertrages bei Annahmeverzug des Dienstberechtigten (oben B II 4).

II. Rechtsvortheile der Gegenpartei sind — außer denjenigen, welche sich als Gegenwirkung aus den sub I erwähnten Pflichten des Säumigen ergeben — die folgenden:

1. Die Herabminderung der Haftung jedes obligatorischen Schuldners auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit bei Annahmeverzug des Gläubigers (oben A II 3 b α).

2. Ein Rücktrittsrecht. Dieses greift Platz:

a) Bei allen bilateralen Verträgen (ausgenommen Kreditkauf; vergl. oben B II 1 a) nach erfolglosem Ablaufe der dem Gegenkontrahenten gestellten Nachfrist (oben B I 1 c α).

b) Bei sämmtlichen Schuldverhältnissen ohne Weiteres, also auch bei den bilateralen (oben sub a), ohne Stellung der Nachfrist: wenn der Gegenkontrahent kein Interesse an der verspäteten Erfüllung hat (oben A I 3 a ε und B I 1 c β).

c) Im Zweifel bei Vorbehalt des Eigenthumes an der verkauften beweglichen Sache, sofern der Käufer in Zahlungsverzug geräth (oben B II 1 b).

3. Die Berechtigung zur Setzung einer Nachfrist:

a) Bei allen bilateralen Verträgen (oben B I 1 c α).

b) Bei vertragsmäßigem Rücktrittsrechte im Falle eines Rückgabeverzuges des Rücktrittsberechtigten (oben B I 1 b).

c) Beim Werkvertrage im Falle eines Verzuges des Bestellers in Vornahme der ihm obliegenden Handlung (oben B II 5 b β).

4. Ein Selbsthülferecht,[103a]) gerichtet auf Beseitigung von Mängeln; dies Recht besteht unter Liquidation der Unkosten:

a) Gegenüber dem Vermiether und Verpächter (oben B II 3 a).

b) Gegenüber dem Unternehmer eines Werkes (oben B II 5 a).

5. Ein Kündigungsrecht. Dieses besitzt:

a) Der Vermiether und Verpächter bei zweimaligem, aufeinanderfolgendem Verzuge des Miethers oder Pächters in der Zahlung des Miethsoder Pachtzinses (oben B II 3 b).

b) Der Unternehmer eines Werkes in Erwartung eines Verzuges des Bestellers bei Vornahme der ihm obliegenden Handlung (oben B II 5 b β).

6. Einzelne Rechtsvortheile gegenüber dem säumigen Kontrahenten sind:

a) Das Hinterlegungsrecht des erfüllungsbereiten Schuldners bezw. sein Recht zum Selbsthülfeverkaufe (oben B I 2a) und

b) das Recht zur Aufgabe des Immobiliarbesitzes durch den erfüllungsbereiten Schuldner (oben A II 3 d).

III. Nicht der Verzug des einen oder des anderen Vertragstheiles, sondern der Verzug einer dritten Person ist es, welcher, freilich unter Wirkung für die beiden Vertragstheile selber, in dem oben sub B I 5 erörterten Falle die Voraussetzung der Rechtsfolge bildet.

IV. Der Verzug eines Vertragstheiles äußert schließlich seine rechtliche Wirkung nicht auf die Betheiligten selber (oder doch nur mittelbar auch auf sie), sondern auf dritte Personen:

1. Bezüglich der Bürgschaft (oben B II 6).

2. Bezüglich der Gesammtschuldner oder Gesammtgläubiger (oben sub B I 4).

[103a]) Eine Art Selbsthülferecht („Selbsthülfeverkauf") ist aber auch, wie Cosack S. 349 a. E. richtig andeutet, die Befugniß zur Versteigerung der zur Hinterlegung ungeeigneten Sachen (oben B I 2a β).

D. Was die **subjektive** Seite betrifft, d. h. die Frage, ob die Thatsache säumigen Verhaltens allein genügt oder ob der „Verzug“ zugleich ein Verschulden des Säumigen involviren muß, so wird die Antwort folgendermaßen lauten müssen:

1. In der Regel kann ohne ein Verschulden auch kein Verzug vorliegen. Dies ergiebt sich mit Deutlichkeit aus § 285, der den Schuldner von dem Vorwurfe und den Folgen des Verzuges freispricht, wenn, und „so lange die Leistung in Folge eines Umstandes unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat.“[104]) — Diesem Resultate widerspricht auch nicht etwa § 767 Abs. I Satz 2, welcher dem Bürgen die Mithaft auferlegt, „wenn die Hauptverbindlichkeit durch Verschulden oder Verzug des Hauptschuldners geändert wird“; denn hier schließen die Begriffe „Verschulden“ und „Verzug“ einander nicht aus, es soll damit vielmehr nur angedeutet werden, daß das Verschulden des Hauptschuldners auch den Bürgen tangirt, gleichviel ob es sich um die Folgen eines „Verschuldens“ allgemein und etwa der besonderen Unterfälle des Vorsatzes oder der Fahrlässigkeit handelt oder ob die Folgen eines „Verzuges“ im Speziellen in Frage kommen.

2. In dem oben § 2 sub VII 1 erörterten Falle des auch hier anwendbaren § 278 Satz 1 ist es zwar nicht das eigene Verschulden des Schuldners, für welches er haftet, immerhin aber bildet ein Verschulden, nämlich das seiner „Hülfspersonen“,[105]) die Basis der Haftung.

3. Ausnahmsweise tritt eine Vertretung des Verzuges auch ohne Verschulden in dem oben § 2 sub V erörterten Falle des § 279 ein, erklärt sich dort aber nicht aus der Natur des Verzuges, sondern aus der Natur des Objektes der Obligation, das nämlich in einer nur der Gattung nach bestimmten Sache besteht.[106])

4. Das sub 1—3 Bemerkte bezieht sich aber nur auf die mora debitoris, nicht auf die mora accipiendi. Diese greift vielmehr (unter den oben sub A II 1 normirten Voraussetzungen) auch dann

---

[104]) Vergl. auch Motive Bd. II S. 60 sowie Haidlen S. 350 f., hier zugleich aber auch darüber, daß „bei der Genusobligation der Schuldner auch unverschuldetes subjektives Unvermögen zu vertreten“ hat (vergl. auch Kommissions-Protokolle S. 325). Ebenso Cosack S. 343, Endemann II S. 615 sub 4.

[105]) Vergl. auch Endemann S. 616 Anm. 12.

[106]) Endemann a. a. O.

Platz, wenn seitens des Gläubigers keinerlei Verschulden vorliegt.[107]) Daraus erklärt sich auch (Motive II S. 69) die auffallende Thatsache, daß das Verschulden des Gläubigers vom Gesetze in einem besonderen Titel (Buch II Abschnitt 2 Titel 2) behandelt worden ist.

§ 7.

Unerlaubte Handlungen.

I. Im letzten — fünfundzwanzigsten — Titel des über die „Einzelnen Schuldverhältnisse" handelnden Abschnittes VII des zweiten, das „Recht der Schuldverhältnisse" erörternden Buches spricht das B. G.B. in 31 Paragraphen (§§ 823—853) von den „unerlaubten Handlungen". — Diese setzen zwar nicht nothwendiger Weise und begrifflich ein Verschulden im weiteren Sinne voraus;[108]) jedoch ist dies bei den meisten darum vorhanden, weil hier entweder subjektive Schuldmomente (Vorsatz,[109]) Fahrlässigkeit,[110]) Hinterlist[111]) oder strafbare Handlungen)[112]) oder doch objektive Schuldmomente (Widerrechtlichkeit,[113]) Pflichtverletzung)[114]) zum Thatbestande gehören. Solche subjektive oder objektive Schuldmomente fehlen nur bei der von § 829 normirten Haftung aus Billigkeitsrücksichten und fehlen ferner oder können doch fehlen beim Thier- und Wildschaden (§§ 833 ff.). Abgesehen also von dieser Gruppe, bei welcher es sich um eine einfache gesetzliche Haftung (Quasidelikt) handelt, gehören daher auch die sog. unerlaubten Handlungen in den Kreis unserer Betrachtung.

II. Die einzelnen Arten von unerlaubten Handlungen, welche in §§ 823 ff. aufgeführt werden, hier jedoch nicht erschöpfend dar-

[107]) Vergl. Motive II S. 68 und auch Endemann S. 623 sub 3.

[108]) Dies wird sich auch nicht aus § 823 Abs. II (oben § 2 sub IV 1) folgern lassen.

[109]) B. G.B. §§ 823 Abs. I, 826, 839 Abs. I Satz 1; vergl. oben § 3 sub A I und B II 2a und b.

[110]) §§ 823 Abs. I, 824 Abs. 1, 827 Satz 2, 831 Abs. I Satz 2, 836 Abs. I Satz 2, Abs. II, 837 f., 839 Abs. I Satz 1 und 2; cf. § 839 Abs. III, 851 a. E. Vergl. oben § 4 sub I 2aββ', II 3 und 4, III 1c, § 5 sub I 2a—e.

[111]) § 825. Vergl. unten § 12 sub B I.

[112]) §§ 823 ff., 839, 843 ff. Vergl. unten § 8 sub II 2a—c, f und 3e und f.

[113]) §§ 827 Satz 2, 831 Abs. I Satz 1, 832 Abs. I Satz 1 (und Abs. II), unten § 10 sub IV 1—3.

[114]) §§ 832 Abs. I Satz 2, 839 Abs. I Satz 1, Abs. II Satz 1, 841, unten § 17 sub I 2 und 6.

gestellt werden sollen, sind theils Handlungen, welche zugleich für das Strafrecht interessiren, theils Handlungen, welche im Allgemeinen für das Strafrecht gleichgültig sind und nur vom Standpunkte der Moral und des Civilrechts interessiren.

1. Kriminal- und civilrechtliche Bedeutung besitzen folgende Handlungen (vergl. daher im Allgemeinen unten § 8):

a) Verletzungen des Lebens, des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit, des Eigenthums oder sonstiger Rechte [115]) eines Anderen (§ 823 Abs. I, §§ 843 ff.; vergl. oben § 3 sub B II 2a).

b) Kreditgefährdende Verläumdung (§ 824 Abs. I; vergl. unten § 8 sub II 3e);

c) Verbrechen und Vergehen wider die Sittlichkeit einer Frauensperson (§ 825, 847 Abs. II; vergl. unten § 8 sub II 2b und § 12 sub B I);

d) Amtsdelikte (§ 839 Abs. II Satz 1; vergl. unten § 8 sub II 2c)

e) Verstöße gegen ein den Schutz eines Anderen bezweckendes Gesetz [116]) (§ 823 Abs. II; vergl. unten § 8 sub II 2f und § 9 sub II 2).

2. Nur (ethische und) civilrechtliche Bedeutung besitzt die (nach § 826 zu Schadensersatz verpflichtende) Schadenszufügung unter Verstoß gegen die guten Sitten [117]) (vergl. unten § 9 III 1b).

III. Was die Wirkungen dieser [118]) unerlaubten Handlungen betrifft, so bestehen sie in der Pflicht zum Ersatze des eingetretenen Schadens. [119]) Dazu ist aber noch Folgendes zu bemerken:

---

[115]) Dies können kriminell geschützte Rechte sein, wie Personenstand (vergl. St.G.B. § 169) und Ehre (vergl. St.G.B. § 185 ff., dazu aber auch B.G.B. § 824, unten sub b), aber auch Rechte, welche einen strafrechtlichen Schutz entbehren, wie das neue Namensrecht des B.G.B. § 12.

[116]) z. B. auch gegen den generellen Schutz des Namens, den B.G.B. § 12 geschaffen hat. Andere Beispiele oben § 2 IV 1.

[117]) z. B. gegen die kindliche Pietät oder gegen die öffentliche Sittlichkeit.

[118]) Aber auch in den sub I erwähnten Fällen des § 829 und des § 833 ff. tritt Schadensersatzpflicht ein.

[119]) Vergl. §§ 823 Abs. I u. II, 824 Abs. I, 825 f., 827 Satz 2, 831 Abs. I u. II, 832 Abs. I Satz 1 und Abs. II, 833, 834 Satz 1, 835 Abs. I Satz 1, 836 Abs. I Satz 1 und Abs. II, 838, 839 Abs. I Satz 1 und Abs. II Satz 1, 841; vergl. auch §§ 830, 840 Abs. II u. III.

1. Hinsichtlich der Begrenzung der Ersatzpflicht. Der Schadensersatz umfaßt entsprechend dem Grundsatze des § 252 nicht blos:

a) das damnum emergens (z. B. die Beerdigungskosten; vergl. § 844 Abs. I), sondern auch

b) das etwaige lucrum cessans (z. B. den in Folge Körper- oder Gesundheitsverletzung eingetretenen Einnahmeausfall — vergl. § 843 Abs. I, § 844 Abs. II — bezw. ganz allgemein bei den gegen eine Person gerichteten unerlaubten Handlungen die für Erwerb und Fortkommen des Verletzten entstandenen Nachtheile: § 842).

2. Hinsichtlich der Form der Ersatzleistung. Die Ersatzleistung erfolgt in Geldrente wegen gewisser unerlaubter Handlungen gegen eine Person, nämlich:

a) wenn in Folge einer Verletzung des Körpers oder der Gesundheit entweder

α) die Erwerbsfähigkeit des Verletzten aufgehoben oder vermindert und somit sein Einnahmenkonto geschmälert wird oder

β) eine Vermehrung seiner Bedürfnisse eintrat, also sein Ausgabenkonto erhöht wird (§ 843 Abs. I);

b) wenn in Folge der Tödtung einer Person derjenige, dem der Getödtete kraft Gesetzes unterhaltspflichtig war oder werden konnte, diesen Alimentationsanspruch verliert (§ 844 Abs. II) und

c) wenn in Folge der Tödtung, der Körper- oder Gesundheitsverletzung oder der Freiheitsberaubung ein Dritter, dem der Verletzte kraft Gesetzes zur Dienstleistung im Haushalt oder Gewerbe verpflichtet war, den Anspruch auf diese Dienste verliert (§ 845).

3. Hinsichtlich des Umfanges der Ersatzleistung:

a) Die sub 2 erwähnte Rente wegen unerlaubter Handlungen gegen eine Person — über welche sich des Genaueren § 843 Abs. II—IV ausspricht [120]) — hat im Falle 2 b der muthmaßlichen Lebensdauer des alimentationspflichtigen Todten zu entsprechen (§ 844 Abs. II Satz 1);

[120]) Eine Kautionspflicht (Art und Betrag der Sicherheitsleistung) des Beschädigers bestimmt sich nach den Umständen; eine Abfindung in Kapital darf der Anspruchsberechtigte bei Vorhandensein eines wichtigen Grundes fordern; die Alimentationspflicht eines Dritten tangirt den Rentenanspruch nicht; die Rente ist (gleich einer Leibrente; § 760) pränumerando für drei Monate zu entrichten und wird nicht zurückerstattet, wenn der Anspruchsberechtigte innerhalb dieses Vierteljahres stirbt.

b) Bei Entziehung oder Beschädigung einer Sache darf der Verletzte Zinsen des zu ersetzenden Werth- oder Werthverminderungsbetrages von dem der Werthberechnung zu Grunde gelegten Zeitpunkte an beanspruchen (§ 849).

4. Hinsichtlich des Beschädigungsgrundes. Es rechtfertigt auch ein solcher Schaden, welcher nicht Vermögensschaden ist, den Anspruch auf Geldentschädigung, wenn es sich um Körper- oder Gesundheitsverletzung, um Freiheitsberaubung oder um qualifizirten Mißbrauch einer Frauensperson handelt (§ 847 Abs. I Satz 1, Abs. II).

5. Hinsichtlich der Belastung mit der Entschädigungspflicht. Hier gelten abgesehen von dem unten sub 6 und 7 zu Bemerkenden die allgemeinen Regeln und es haftet daher wegen unerlaubter Handlungen einer Ehefrau dem ersatzberechtigten Gläubiger bei gesetzlichem Güterrecht das Eingebrachte (§ 1411 Abs. I), bei allgemeiner Gütergemeinschaft, Errungenschaftsgemeinschaft und Fahrnißgemeinschaft dagegen das Gesammtgut (§§ 1459 Abs. I, 1530 Abs. I, 1549) und daneben der Ehemann als Gesammtschuldner (§§ 1459 Abs. II, 1530 Abs. II, 1549). Anders jedoch für das Verhältniß der Ehegatten unter einander. Denn die Verbindlichkeiten eines Ehegatten aus einer unerlaubten Handlung, die er während der Ehe begeht, oder aus einem Strafverfahren, das wegen einer solchen Handlung gegen ihn gerichtet wird, sowie die Kosten eines Rechtsstreites, den der Ehegatte über eine solche Verbindlichkeit führt, fallen seinem persönlichen Vermögen zur Last (§§ 1415 Nr. 1 und 3, 1463 Nr. 1 und 3, 1536 Nr. 3 u. 4, 1549), so daß z. B., wenn die unerlaubte Handlung von der Frau begangen wurde, bei gesetzlichem Güterrecht das Vorbehaltsgut der Frau (§ 1415 Nr. 1 und 3) belastet wird und nach etwaiger Berichtigung der Verbindlichkeit aus dem Eingebrachten dieses auf Kosten des Vorbehaltsgutes zu ergänzen ist (§ 1417 Abs. I). Das gilt aber natürlich nur, wenn die unerlaubte Handlung nach demjenigen Augenblicke stattfand, mit welchem der Güterstand begann, d. h. rücksichtlich des gesetzlichen Güterrechts nach der Eheschließung (§ 1715 Nr. 1), rücksichtlich der allgemeinen Gütergemeinschaft, Errungenschaftsgemeinschaft und Fahrnißgemeinschaft nach deren Eintritt (§§ 1463 Nr. 1, 1536 Nr. 1, 1549), also nach der vertragsmäßigen Einführung. — Analoges gilt für das vom Vater bezw. von der Mutter kraft der elterlichen Gewalt verwaltete Kindesvermögen (§§ 1660, 1686).

6. Hinsichtlich der Haftung für fremdes Verschulden oder genauer gesagt (vergl. oben sub I) für die prima facie einem Anderen zur Last fallende „unerlaubte Handlung" kommen folgende Gesetzesstellen in Betracht:

a) § 836 Abs. II und die darin normirte, bereits oben § 5 sub II 2d erörterte Haftung des ehemaligen Eigenbesitzers eines Grundstücks für den binnen einem Jahre nach dem Besitzwechsel durch Einsturz eines Gebäudes u. s. w. oder durch Ablösung von Gebäudetheilen verursachten Schaden. Diese Haftung greift auch Platz, wenn die eigentliche Schadensursache (die fehlerhafte Einrichtung oder mangelhafte Unterhaltung; vergl. § 836 Abs. I Satz 1) vielleicht bereits auf das Konto des neuen Besitzers geschrieben werden könnte, aber dessen Sorglosigkeit in Abwendung der Gefahr nicht strikt nachweisbar ist § 836 Abs. II a. E.).

b) § 837 und die darin normirte Haftung desjenigen, welcher auf fremdem Grundstücke in Ausübung eines Rechtes ein Gebäude oder ein anderes Werk besitzt. Indem ihn „an Stelle des Besitzers" die oben § 5 sub II 2c genauer erörterte Haftung für Einsturz u. s. w. aus § 836 trifft, haftet er auch für sorglose Handlungen dieses Eigenbesitzers, es sei denn (§ 836 Abs. I Satz 2), daß er seinerseits nachweisbar die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat.[121])

c) § 846 und die darin normirte, oben § 2 sub II 2 näher erörterte Einwirkung des Verschuldens des Verletzten auf den Rentenanspruch desjenigen, dem der Verletzte alimentationspflichtig oder zu Diensten im Haushalt oder Gewerbe verpflichtet war. Ein konkurrirendes Verschulden des Verletzten kann zwar diesen Rentenanspruch ganz oder theilweise aufheben und insofern leidet der Dritte unter der Handlungsweise eines Anderen; aber dieser Fall gehört trotzdem nicht hierher, sondern unter die Vorschriften vom „Verschulden" (oben § 2), weil es eben dies fremde Verschulden ist, wofür der Anspruchsverlust des Dritten eintritt, nicht aber die unerlaubte Handlung selber, auf Grund deren § 846 im fünfundzwanzigsten Titel steht.

d) §§ 831 f. und die dort normirte Haftung des Geschäftsherrn für denjenigen, welchen er zu einer Verrichtung bestellt, sowie des Auf-

[121]) Der Fall des § 838 (oben § 5 sub II 2eβ) interessirt hier nicht, weil er eine Haftung des unterhaltspflichtigen Nichteigenbesitzers für eigene Fahrlässigkeit neben der Haftung des Eigenbesitzers aufstellt.

sichtspflichtigen für den zu Beaufsichtigenden. Diese Gesetzesstellen[122]) ordnen in der That Haftung für „unerlaubte Handlungen" Anderer an, indessen wird die Haftung ausgeschlossen durch den Nachweis gehörig erfüllter Sorgfalt bei Auswahl des Angestellten resp. gehörig erfüllter Aufsichtspflicht (§ 831 Abs. I Satz 2, § 832 Abs. I Satz 2), und es ist somit nicht eigentlich die fremde unerlaubte Handlung als solche der letzte Grund der Haftung, sondern der präsumtive Mangel der diligentia in eligendo und in custodiendo (vergl. auch unten §§ 19 f.).

7. Hinsichtlich der Haftung Mehrerer für gemeinschaftlich begangene unerlaubte Handlungen bietet der fünfundzwanzigste Titel einige sehr wichtige Bestimmungen:

a) Von mehreren Mitthätern bei einer unerlaubten Handlung — und als Mitthäter werden auch die Anstifter und Gehülfen behandelt — ist jeder für den Schaden verantwortlich, gleichviel ob sie die Handlung in der That gemeinschaftlich begangen haben oder nur die Feststellung unmöglich ist, wer der mehreren Betheiligten der eigentliche Urheber des Schadens war (§ 830 Abs. I und II).

b) Diese mehreren verantwortlichen Personen haften als Gesammtschuldner (§ 840 Abs. I), d. h. (§ 421 ff.) es ist zwar jeder die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet, der Gläubiger aber die Leistung nur einmal zu fordern berechtigt, und der Gläubiger hat das jus eligendi und das jus divisionis: die Schuld wird getilgt durch Erfüllung (datio in solutum) und Hinterlegung[123]) seitens eines der Gesammtschuldner sowie durch Erlaß, der in der Absicht, das ganze Schuldverhältniß aufzuheben, zwischen dem Gläubiger und einem der Gesammtschuldner vereinbart wurde.

c) Ein Gesammtschuldverhältniß liegt zwar nach Außen hin (zwischen den Ersatzberechtigten und den Ersatzpflichtigen), nicht aber nach Innen (zwischen den Ersatzberechtigten unter einander) vor:

α) In den unten § 17 sub II 1 und 4 genauer zu erörternden Fällen der Haftung des Geschäftsherrn[124]) und des Aufsichtspflichtigen, sofern

[122]) Von ihnen ist § 831 nach Einf.G. z. B.G.B. Art. 95 Abs. II auch auf das im Uebrigen partikularrechtlich zu regelnde Gesinderecht anwendbar.

[123]) Die in § 422 Abs. I erwähnte Aufrechnung bleibt zu Folge § 393 (unten sub 8) im Falle vorsätzlicher Handlungsweise außer Betracht.

[124]) Auch diese Bestimmung des § 840 Abs. II ist laut Einf.G. z. B.G.B. Art. 95 Abs. II auf das Gesinderecht anwendbar.

hier nach Lage der Sache auch der eigentliche Urheber des Schadens, nämlich der Beauftragte oder Beaufsichtigte selber, zum Schadensersatze verpflichtet ist.[125]) Denn alsdann ist (§ 840 Abs. II) im Verhältnisse dieser ersatzpflichtigen Personen zu einander in der Regel nur der eigentliche Urheber des Schadens verantwortlich. Dies gilt insbesondere auch, wenn ein Beamter auf Grund seiner Amtspflicht einen Anderen zur Geschäftsführung für einen Dritten zu bestellen oder eine solche Geschäftsführung zu beaufsichtigen oder bei ihr durch Genehmigung von Rechtsgeschäften mitzuwirken hatte, und wenn alsdann der Beamte wegen Verletzung dieser Pflichten (culpa in eligendo und in custodiendo) und der Geschäftsführer (z. B. der Vormund) seinerseits wegen einer unerlaubten Handlung zu Schadensersatz verpflichtet ist (§ 841). Umgekehrt ist im Verhältnisse zu einander der Thäter selber verantwortungsfrei und nur der Aufsichtspflichtige haftbar, was den auf Billigkeitserwägungen basirenden Ersatzanspruch betrifft, den § 829 nach Lage der Umstände, insbesondere auch nach den Verhältnissen der Betheiligten selbst dann eröffnet, wenn der Urheber gewisser unerlaubter Handlungen[126]) wegen geistiger Umnachtung oder wegen seines jugendlichen Alters (nach näherer Maßgabe der §§ 827 und 828) an sich verantwortungsfrei wäre.

β) In den Fällen des Thier- und Wildschadens[127]) und des durch Einsturz eines Gebäudes u. s. w. verursachten Schadens, wenn neben dem Eigenbesitzer bezw. dem früheren Besitzer bezw. der sonst haftbaren Person (vergl. oben sub 6) ein Dritter für den Schaden verantwortlich ist (§ 840 Abs. III). Hierher wird auch der bereits oben § 5 sub II 2 e β besprochene Fall des § 838 gehören, wonach der Besitzer des Gebäudes und die unterhaltspflichtige Person „in gleicher Weise" haften, wenn zu ihrer Haftung noch die einer dritten Person hinzutritt; etwa die des Miethers, welcher das lockere Gesims, dessen Be-

[125]) Seine Verpflichtung könnte wegen kindlichen Alters (unter 7 bezw. 18 Jahren; vergl. B.G.B. § 828) oder wegen geistiger Umnachtung (vergl. B.G.B. § 827) ausgeschlossen sein.

[126]) Es sind dies die im B.G.B. §§ 823—826 aufgezählten, oben sub II 1 a, b, c und e und 2 genauer erörterten Handlungen.

[127]) Wegen des Thier- und Wildschadens, auf den auch § 840 Abs. I Bezug hat, indem er an die Bestimmung des § 835 Abs. III erinnert, vergl. oben sub I a. E. § 835 Abs. III normirt eine Haftung der Mitglieder eines Jagdverbandes für Wildschaden nach der Größe der Grundstücke.

festigung sowohl der Eigenthümer wie der Pächter[128]) versäumt haben, durch Hinaufstellen schwerer Blumentöpfe zum Niederstürzen bringt; dem beschädigten Passanten sind hier alle drei Personen haftbar, dagegen kann der verklagte Eigenthümer oder Pächter den Miether regreßpflichtig machen und zwischen Eigenthümer und Pächter richtet sich die Erstattungspflicht nach der näheren Gestaltung ihres kontraktlichen Verhältnisses.

8. Hinsichtlich der Aufrechnung. Wie schon oben § 3 sub A II 2 hervorgehoben worden ist, darf gegen die Entschädigungsforderung aus einer unerlaubten Handlung keine Kompensation vorgenommen werden, sofern die Handlung vorsätzlich begangen worden war (§ 393).

9. Hinsichtlich der Erfüllung des Entschädigungsanspruchs durch den Ersatzpflichtigen. Handelt es sich im Besonderen um Schadensersatz wegen Entziehung oder Beschädigung einer beweglichen Sache, so befreit sich der Ersatzpflichtige durch die Ersatzleistung an denjenigen, welcher die Sache zur Zeit der Handlung in Besitz hatte, jedesfalls und auch dann, wenn damals in Wirklichkeit ein Dritter das Eigenthum oder ein sonstiges Recht an der Sache hatte (§ 851); die Befreiung von der Ersatzpflicht wird nur, wie bereits oben § 4 sub I 2bββ' ausgeführt wurde, durch Kenntniß oder grobfahrlässige Unkenntniß des Ersatzpflichtigen von jenem Rechte des Dritten verhindert. — Auch darf der zur Herausgabe und[129]) zum Schadensersatze Verpflichtete von dem Verletzten Ersatz der auf die Sache verwendeten impensae, insbesondere der impensae necessariae in demselben Maße (§§ 994 ff.) beanspruchen, wie der Besitzer vom Eigenthümer (§ 850).

10. Hinsichtlich der Verjährung des Ersatzanspruches. Die Forderungen auf Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen unterliegen der allgemeinen dreißigjährigen Verjährungsfrist (§ 195), welche mit Begehung der Handlung zu laufen beginnt; doch wird die Frist auf drei Jahre reduzirt, wenn der Verletzte sowohl von dem Schaden

[128]) Dabei muß es sich um ein landwirthschaftliches Grundstück handeln, denn nur dessen Pächter ist nach § 582 zur Vornahme der gewöhnlichen Ausbesserungen, insbesondere auch der Wohngebäude verpflichtet.

[129]) Diese Schadensersatzpflicht ist zwar in § 850 nicht ausdrücklich erwähnt worden, ergiebt sich aber aus dem Zusammenhange der §§ 848—851.

selber wie von der Person des Ersatzpflichtigen Kenntniß erlangt, und alsdann beginnt der Lauf der Frist mit dem Momente der Kenntniß (§ 852 Abs. I). Was der Ersatzpflichtige etwa durch die unerlaubte Handlung auf Kosten des Verletzten erlangt hat, muß er jedoch auch nach Vollendung der dreißig- bezw. dreijährigen Verjährung herausgeben und zwar nach den in §§ 812—822 enthaltenen Vorschriften über Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung (§ 852 Abs. II). Umgekehrt soll sich der Thäter der unerlaubten Handlung nicht auf Grund der Vorschriften über die Verjährung dadurch bereichern, daß im Wege der Verjährung eine Einrede des Verletzten erlischt: wenn nämlich der Thäter durch die unerlaubte Handlung eine Forderung gegen den Verletzten erlangt hat,[130]) so kann der Verletzte die Erfüllung auch nach Verjährung des Anspruches auf Aufhebung der Forderung verweigern (§ 853).

IV. In der subjektiven Richtung auf das Schuldmoment sind von eminenter Wichtigkeit die zwar in dem Titel über die unerlaubten Handlungen stehenden, aber laut § 276 Abs. I Satz 3 auch auf obligatorische Rechtsverhältnisse und jedesfalls gleich diesem § 276 selber[131]) auf alle Rechtsverhältnisse überhaupt zu beziehenden §§ 827 und 828.

1. Nach § 827 tritt keine Haftung aus der unerlaubten Handlung ein, wenn sie begangen wurde im Zustande der Bewußtlosigkeit oder in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande krankhafter Störung der Geistesthätigkeit. Daß jedoch die durch geistige Getränke oder ähnliche Mittel von dem Thäter selber herbeigeführte vorübergehende Versetzung in einen derartigen Zustand für den widerrechtlich verursachten Schaden ebenso verantwortlich macht, wie eine fahrlässige Schadenszufügung, wogegen unverschuldetes Gerathen in jenen Zustand von der Verantwortung befreit, ist bereits oben § 4 sub II 3 und § 2 sub IV 2 bemerkt worden. (Vergl. auch unten § 10 sub A IV 1.)

2. Nach § 828 unterliegt keiner Verantwortlichkeit wegen unerlaubter Handlungen, sondern höchstens einem durch die aequitas gerechtfertigten quasideliktischen Ersatzanspruche:[132])

---

[130]) z. B. aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber, die X. ausgestellt hat und die ihm alsbald von Y. gestohlen wurde. Vergl. B.G.B. § 793.

[131]) Vergl. oben § 3 B II 1.

[132]) B.G.B. 829 (vergl. dazu oben sub 1 sowie wegen B.G.B. § 840 Abs. II oben sub III 7 c a). Dieser Anspruch setzt voraus, daß die Umstände, ins-

a) Das Kind unter 7 Jahren;

b) die zwischen vollendetem 7. und 18. Jahre stehende Person, sowie der Taubstumme, wenn ihnen die zur Erkenntniß der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht bei Begehung der unerlaubten Handlung fehlte.

V. Die sub III und IV besprochenen Grundsätze (bezw. im Falle 3 die Spezialvorschriften sub III 2, 3a und 6c) über unerlaubte Handlungen finden laut diesbezüglicher ausdrücklicher Gesetzesvorschriften entsprechende Anwendung auch auf einige andere Fälle der Haftung für Schadensersatz, nämlich auf die Ersatzpflicht:

1. des Geschäftsführers ohne Auftrag, der gänzlich geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist[133]) (§ 682; vergl. § 687 I und II);

2. des Besitzers bezw. Erbschaftsbesitzers, der sich eine Sache durch verbotene Eigenmacht oder durch eine strafbare Handlung verschafft hat (§§ 992, 2025 Satz 1; vergl. unten § 8 sub I);

3. des Dienstberechtigten bezw. der Dienstherrschaft, welche den in § 618 Abs. I und II[134]) getroffenen Fürsorgepflichten zum

---

besondere die Verhältnisse der Betheiligten (Thäter und Verletzter) den Anspruch gerechtfertigt erscheinen lassen, und negativ, daß weder der Schadensersatz von einem aufsichtspflichtigen Dritten (B.G.B. § 832, oben sub III6d) erlangt werden kann, noch durch die Ersatzpflicht des Thäters dessen standesgemäßer Unterhalt oder die gesetzlichen Alimentationsansprüche dritter Personen gegen ihn gefährdet werden. Auch ist hervorzuheben, daß § 829 keineswegs bei allen unerlaubten Handlungen Platz greift (wie §§ 827 und 828), sondern nur bei den in §§ 823 bis 826 aufgezählten Delikten.

[133]) Ueber diese Fälle vergl. B.G.B. § 104, §§ 106, 114.

[134]) Diese sehr anerkennenswerthen Vorschriften gehen dahin, daß der Dienstberechtigte die Arbeitsräume, -Vorrichtungen, -Geräthschaften und -Leistungen dauernd so einzurichten hat, daß der Dienstpflichtige gegen Lebens- und Gesundheitsgefahr nach Möglichkeit geschützt ist, und ferner dahin, daß bei Aufnahme des Dienstpflichtigen in die häusliche Gemeinschaft die Einrichtungen und Anordnungen betreffs des Wohn- und Schlafraumes, der Verpflegung, der Arbeits- und der Erholungszeit den Erfordernissen der Gesundheit, Sittlichkeit und Religion des Dienstpflichtigen entsprechen. Aehnlich das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 (Reichsgesetzbl. S. 219) § 62 Abs. I u. II (§ 76 Abs. I) bezüglich der Handlungsgehülfen (und Handlungslehrlinge), gleichfalls unter Heranziehung der Vorschriften des B.G.B. über unerlaubte Handlungen (und zwar speziell der §§ 842—846, vergl. oben im Text sub V) auf Nichterfüllung dieser Verpflichtungen des Prinzipals. Vergl. zum B.G.B. § 618 (und 617)

Schutze von Leben, Gesundheit, Sittlichkeit und Religion des Dienstpflichtigen nicht nachgekommen ist (§ 618 Abs. III, Einf.G. z. B.G.B. Art. 95 Abs. II);

4. desjenigen, welcher wegen „Verbindung“, „Vermischung“ oder „Verarbeitung“ von Sachen zu Geldvergütung an einen Anderen (der nämlich durch diese Umstände einen Rechtsverlust erlitten hat) verpflichtet ist. Doch unterscheidet sich dieser Fall (§ 951 Abs. II Satz 1) von den sub 1 und 2 erwähnten sehr wesentlich dadurch, daß hier auch die übrigen besonderen Grundlagen einer Haftung wegen unerlaubter Handlungen gegeben sein müssen (also z. B. eine widerrechtliche Eigenthumsverletzung nach § 823 Abs. I oder von Verstoß gegen eine Schutzvorschrift, wie sie in § 823 Abs. II Satz 1 ins Auge gefaßt ist, oder ein vorsätzlicher Verstoß gegen die guten Sitten nach § 826 oder ein Amtsdelikt nach § 839); denn § 958 Abs. II Satz 1 sagt nur, daß die Vorschriften über die Verpflichtung zum Schadensersatze wegen unerlaubter Handlungen „unberührt bleiben“.

VI. Die Begehung einer unerlaubten Handlung im weitesten Sinne tritt endlich als besonderes Schuldmoment, welches mit besonderen Rechtsnachtheilen verknüpft ist, in mehreren Sonderfällen auf, welche das Gemeinsame haben, daß es sich bei ihnen um die mittels unerlaubter Handlung[135]) erfolgte Erlangung des Besitzes handelt. Die Rechtsnachtheile sind:

1. Fortfall des Retentionsrechtes, das anderen Falles dem herausgabepflichtigen Obligationsschuldner oder Besitzer gegen den Obligationsgläubiger bezw. den Eigenthümer wegen seiner impensae zustehen würde (§ 273 Abs. II, § 1000 Satz 2). Doch geht dies Retentionsrecht nur verloren, wenn die unerlaubte Handlung vorsätzlich begangen wurde (vergl. oben § 3 sub A II 3a).

2. Ausdehnung der Haftung desjenigen, welcher zur Rückgabe einer dem Anderen durch unerlaubte Handlung entzogenen Sache verpflichtet

und zu der Frage, ob wegen des Einf.G. zum H.G.B. Art. 1 Abs. II vielleicht auch schon B.G.B. §§ 842—846 am 1. Januar 1898 in Kraft getreten sind, meine oben Anm. 47 erwähnten Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch § 6 S. 45ff. und § 8 S. 61f.

[135]) z. B. Diebstahl, Unterschlagung, Raub, Erpressung, Hehlerei, Verletzung eines Pfand- oder Retentionsrechts gemäß St.G.B. § 289: alles Fälle, die unter § 823 Abs. 1 — vorsätzliche Verletzung des Eigenthums oder eines sonstigen Rechts eines Andern — subsumirt werden können.

ist, auch auf einen Zufall, der den Untergang oder die aus einem anderen Grunde eintretende Unmöglichkeit der Herausgabe oder die Verschlechterung der Sache herbeiführte (sofern nicht dieser Untergang u. s. w. auch ohne die unerlaubte Entziehung der Sache eingetreten wäre) (§ 848).

3. Perpetuirung der Herausgabepflicht (und zwar Herausgabepflicht nach den Grundsätzen über Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung), bezüglich des durch die unerlaubte Handlung auf Kosten des Verletzten erlangten Vortheils; dieser Vortheil ist nämlich auch nach Verjährung des Anspruches auf Schadensersatz herauszugeben (§ 852 Abs. II; vergl. oben sub III, 10).

§ 8.

Strafbare Handlungen.

Auch Delikte werden mehrfach mit civilrechtlichen Folgen umkleidet, und zwar erwähnt das B. G.B. theils (I) strafbare Handlungen im Allgemeinen, theils (II) gewisse Deliktsgruppen, theils (III) gewisse Sonderdelikte.

I. „Strafbare Handlungen" überhaupt, ohne nähere Bezeichnung ihrer Art, machen nach den Grundsätzen über Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen (oben § 7; vergl. insbes. daselbst sub V 2) haftbar: den Besitzer und den Erbschaftsbesitzer, die sich den Besitz der Sache „durch eine strafbare Handlung" (z. B. Diebstahl, Raub) verschafft haben (§ 992, § 2025 Satz 1).

II. Deliktsgruppen. Hier ist zweierlei zu trennen:

1. Nach der Art der vom Strafrecht angedrohten Sühne. Der Unterschied zwischen „Verbrechen", „Vergehen" und „Uebertretung" ist auch für das B. G.B. von Bedeutung; denn

a) „Verbrechen"[136]) und vorsätzlich verübte „Vergehen"[137]) des Vaters bezw. der Mutter gegen das Kind, welche in casu concreto die Verurtheilung des Thäters zu Zuchthaus oder zu Gefängniß von

---

[136]) d. h. nach St.G.B. § 1 Abs. I bekanntlich strafbare Handlungen, welche mit Tod, mit Zuchthaus oder mit Festung von mehr als fünf Jahren bedroht sind.

[137]) d. h. (St.G.B. § 1 Abs. II) Handlungen, die mit Festung bis zu fünf Jahren, mit Gefängniß (oder, was hier nicht interessirt, mit Geldstrafe über 150 Mark) bedroht sind.

mindestens sechs Monaten herbeigeführt haben,[138]) ziehen Verwirkung der elterlichen Gewalt nach sich (§ 1680 Abs. I Satz 1, § 1686).

b) „Verbrechen und schwere vorsätzliche Vergehen" [139]) gegen den Erblasser oder dessen Ehegatten geben dem Erblasser das Recht zur Enterbung des pflichttheilsberechtigten Abkömmlings oder parens (Vater oder Mutter) bezw. den Eltern das Recht zur Verweigerung der Ausstattung für die Tochter (§ 2333 Nr. 3, § 2334, § 1621 Abs. II).

c) Delikte, welche mit Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte bedroht sind, haben, sofern in der That auf diesen Verlust erkannt worden ist, zur Folge:

α) Unfähigkeit zum Vormunde (Gegenvormunde, Pfleger, Mitgliede des Familienrathes, Beistande der die elterliche Gewalt ausübenden Mutter) und Entlassung des Vormundes (Gegenvormundes u. s. w.) (§§ 1781 Nr. 4, 1792 Abs. IV, 1866 Nr. 2, 1878 Abs. I, 1886, 1895, 1897, 1915 Abs. I, 1694 Abs. I; vergl. auch Einf.G. z. B.G.B. Art. 34 Abs. 1).

β) Unfähigkeit zum Testamentszeugen und Dolmetscher (§ 2237 Nr. 3, §§ 2244 Abs. I Satz 2, 2250 Abs. II Satz 2).

d) Delikte, welche mit Verlust der Fähigkeit zur Vernehmung als Zeuge verbunden sind; sie haben gleichfalls die sub c β angedeutete Folge (§§ 2237 Nr. 3, 2244 Abs. I Satz 2, 2250 Abs. II Satz 2).

2. Ganze Deliktskategorien kommen in nachstehender Weise in Betracht:

a) Delikte gegen Körper, Leben, Gesundheit, Eigenthum oder sonstige Rechte eines Anderen. Sie verpflichten (§ 823 Abs. I, vergl. oben § 3 sub B II 2a) zum Ersatze des aus ihnen entstandenen Schadens, gleichviel ob sie vorsätzlich oder fahrlässig begangen wurden (vergl. auch wegen Körperverletzung und Gesundheitsschädigung insbesondere § 843 ff. oben § 7 sub III 2).

b) Verbrechen oder Vergehen gegen die Sittlichkeit einer Frauensperson. Sie geben dieser einen Anspruch auf Schadensersatz

[138]) Wegen einer Gesammtstrafe bestimmt B.G.B. § 1680 Abs. I Satz 2: „Wird wegen des Zusammentreffens mit einer andern strafbaren Handlung auf eine Gesammtstrafe erkannt, so entscheidet die Einzelstrafe, welche für das an dem Kinde verübte Verbrechen oder Vergehen verwirkt ist."

[139]) Wegen des Begriffes eines „schweren vorsätzlichen Vergehens" vergl. oben § 3 A II 4 Anm. 20, 21.

und auf billige Entschädigung in Geld, selbst wenn der Schaden kein Vermögensschaden ist (§ 847 Abs. II; vergl. unten § 12 sub B 1).

c) Amtsdelikte im eigentlichen kriminalrechtlichen Sinne (nicht blos Amtspflichtverletzungen, § 839 Abs. I, § 841; vergl. unten § 17 sub II 1), die mit einer im Wege des gerichtlichen Strafverfahrens zu verhängenden öffentlichen Strafe bedroht sind, bilden die alleinige Grundlage eines Anspruches auf Schadensersatz wegen einer bei einem Urtheil in einer Rechtssache erfolgten Pflichtverletzung (§ 839 Abs. II Satz 1; vergl. unten § 17 sub I 6).

d) Urkundsdelikte, die gemäß St.G.B. §§ 267–274 in Ansehung einer Verfügung von Todeswegen begangen werden, machen den Thäter erbunwürdig, d. h. seinen Erbschaftserwerb bezw. seinen Anspruch aus dem Vermächtnisse bezw. auf den Pflichttheil anfechtbar (§ 2339 Abs. 1 Nr. 4, § 2345 Abs. I Satz 1 und Abs. II).

e) Delikte gegen die zum Schutze von Grundstücken erlassenen Strafgesetze können, soweit dies durch landesrechtliche Vorschriften gerechtfertigt ist, nach Einf.G. z. B. G.B. Art. 107 zur Schadensersatzpflicht führen.

f) Verstöße gegen ein den Schutz eines Andern bezweckendes Gesetz machen schadensersatzpflichtig (§ 823 Abs. II Satz 1).[140]

3. Sonderdelikte, welche von civilrechtlichen Folgen begleitet werden, sind:

a) Vollendeter bezw. versuchter[141] Todschlag (bezw. Mord).[142] Er hat die oben sub 2d erwähnte Wirkung der Erbunwürdigkeit und der Unwürdigkeit zum Vermächtnisse oder Pflichttheil (§ 2339 Abs. I Nr. 1, § 2345). Tödtung und Körperverletzung beim Betrieb einer dem Haftpflichtgesetz unterliegenden Anlage macht schadensersatzpflichtig nach Maßgabe der bisherigen Rechtsvorschriften (Einf.G. z. B. G.B. Art. 42 Nr. III § 9; vergl. oben § 2 sub I 3d).

b) Körperverletzung kann (als vorsätzliche körperliche Mißhandlung des Erblassers oder seines Ehegatten) gegen Abkömmlinge oder Eltern

[140]) Vergl. oben § 2 IV 1 S. 87 Anm. 12.

[141]) Dem versuchten Morde steht nahe bezw. mit ihm kann identisch sein das „nach dem Leben Trachten", welches in § 1566 und § 2333 Nr. 1 (§§ 2334, 2335 Abs. I) zum Scheidungs- bezw. Enterbungsgrunde gemacht wird.

[142]) Weil auch dieser unter die Begriffsbestimmung des § 2339 Abs. I Nr. 1 fällt „Wer den Erblasser vorsätzlich und widerrechtlich getödtet oder zu tödten versucht hat."

als Enterbungsgrund, gegen die Tochter als Grund zur Verweigerung der Ausstattung dienen (§ 2333 Nr. 2, § 2334, § 1621 Abs. II; vergl. oben § 3 sub A II 4)[143]) und macht in der oben sub a a. E. angedeuteten Weise haftpflichtig.

c) Nöthigung zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung kann, weil unter sie auch die „widerrechtliche Bedrohung" fällt (St.G.B. § 240 Abs. I) in dem unten § 10 sub III erörterten Maße civilrechtliche Folgen nach sich ziehen.

d) Ehebruch, Bigamie sowie widernatürliche Unzucht sind Ehescheidungs- und unter Ehegatten Enterbungsgründe (§ 1565 Abs. I, § 2335 Abs. I).

e) Kreditgefährdende Verläumdung (St.G.B. § 187) verpflichtet zum Schadensersatze ebenso wie die zwar nicht wider besseres Wissen aber grobfahrlässig erfolgende Behauptung oder Verbreitung wahrheitswidriger Thatsachen, welche zur Gefährdung des Kredits oder zur Herbeiführung sonstiger Nachtheile für Erwerb oder Fortkommen eines Anderen geeignet sind (§ 824 Abs. I; vergl. oben § 7 sub II 1 b).

f) Die durch Hinterlist oder Drohung oder durch Mißbrauch eines Abhängigkeitsverhältnisses herbeigeführte Gestattung der außerehelichen Beiwohnung (vergl. dazu St.G.B. §§ 174, 176 Nr. 1 u. 2, 177, 179) giebt der gemißbrauchten Frauensperson einen Anspruch auf Schadensersatz (825) selbst wenn kein Vermögensschaden vorliegt (§ 847 Abs. II).

III. Zu bemerken ist noch, daß sich an ein Strafverfahren auch sonst noch pekuniäre Folgen anschließen können, jedoch nur im Gebiete des Familienrechts und zwar was das Vermögen der Eheleute bezw. des unter elterlicher Gewalt stehenden Kindes und des Näheren die Frage betrifft, welcher Vermögenskomplex die Verbindlichkeiten aus einem Strafverfahren, insbesondere die Kosten des Verfahrens und der Vertheidigung zu tragen hat. (Vergl. §§ 1187 Nr. 2, 1388, 1529 Abs. II, 1415 Nr. 1, 3, 1417 Abs. I, 1536 Nr. 3 und 4, 1537 Abs. I bezw. 1654 Satz 2 und 3, 1660).

---

143) Vergl. hierzu auch § 2339 Abs. 1 Nr. 1: „Erbunwürdig ist 1. wer den Erblasser vorsätzlich und rechtswidrig .... in einen Zustand versetzt hat, in Folge dessen der Erblasser bis zu seinem Tode unfähig war, eine Verfügung von Todeswegen zu errichten oder aufzuheben."

§ 9.

Verstöße gegen Gesetze oder gute Sitten.

Diese beiden Arten von Verstößen begegnen theils allein, theils mit einander kombinirt:

I. Ein Verstoß gegen ein gesetzliches[144]) Verbot oder gegen die guten Sitten kann wegen des der Leistung zu Grunde liegenden Zweckes in der Annahme einer Leistung liegen und verpflichtet alsdann den Empfänger zur Herausgabe der Leistung (§ 817 Satz 1) und zwar in demselben Maße als ob dieser Anspruch auf Herausgabe bereits zur Zeit der Leistung rechtshängig geworden wäre (§ 819 Abs. II). Die Herausgabepflicht kommt nur in Fortfall, wenn auch dem Leistenden selber ein solcher Verstoß gegen gesetzliches Verbot oder gute Sitten zur Last fällt,[145]) es sei denn, daß die Leistung in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestand[146]) (§ 817 Satz 2).

II. Ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot.

1. Ein solcher Verstoß hat nachstehende Folgen:

a) Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes — z. B. auch der Aneignung des Eigenthums[147]) —, das diesen Verstoß involvirt (§ 134), es sei denn, daß sich aus dem B. G.B. selber[148]) bezw. aus anderen Gesetzen[149]) ein Anderes (Gültigkeit oder bloße Anfechtbarkeit) ergiebt (§ 134).

b) Relative Nichtigkeit der gegen ein gesetzliches Veräußerungsverbot — bezw. gegen das Veräußerungsverbot eines Gerichts oder einer Behörde innerhalb ihrer Kompetenz (§ 136) — im Besondern

---

[144]) Gesetz ist nach Einf.G. z. B. G.B. Art. 2 jede Rechtsnorm, also auch z. B. eine Polizeiverordnung.

[145]) z. B. es liegt eine Bestechung vor. Vergl. Endemann und Gareis, Einführung S. 180 und Fischer-Henle S. 321 Anm. 4.

[146]) Denn diese Verbindlichkeit war nach B. G.B. §§ 134, 138 nichtig.

[147]) B. G.B. § 958 Abs. II sagt: „Das Eigenthum wird nicht erworben, wenn die Aneignung gesetzlich verboten ist oder wenn durch die Besitzergreifung das Aneignungsrecht eines Anderen verletzt wird." Vergl. dazu auch betreffs der landesgesetzlichen Vorschriften über Jagd und Fischerei die zwingende Norm des Einf.G. z. B. G.B. Art. 69.

[148]) z. B. B. G.B. §§ 458, 762, aber auch B. G.B. 135 f. (unten sub b). Vergl. Planck S. 186 Anm.

[149]) Reichsgesetzen oder Partikulargesetzen, Gesetzen im engeren Sinne oder sonstigen Rechtsnormen. Vergl. Einf.G. z. B. G.B. Art. 2 (oben Anm. 144).

verstoßenden Verfügung[150]) über einen Gegenstand. Die Nichtigkeit ist eine blos relative, weil, wenn das Verbot nur den Schutz bestimmter Personen bezweckte, die Verfügung nur ihnen gegenüber „unwirksam“ ist (§ 135 Satz 1).

c) Pflicht zum Ersatze des „negativen Vertragsinteresses“. Sie greift bei Verträgen insbesondere ein und zwar zu Ungunsten derjenigen Partei, welche den Verstoß gegen das Gesetz kannte oder kennen mußte (§ 309 in Verbindung mit § 307 Abs. I Satz 1 und dazu oben § 4 sub III 1a); die Ersatzpflicht kommt nur in Fortfall

α) wenn auch die Gegenpartei die Verbotswidrigkeit kannte oder kennen mußte (§§ 309, 307 Abs. I Satz 2 und dazu oben § 4 sub III 2b);

β) wenn der Vertrag auf die Möglichkeit einer Aufhebung des gesetzlichen Verbotes hin geschlossen wurde und diese Möglichkeit zur Wirklichkeit ward (§ 309 mit § 308 Abs. I);

γ) wenn das Verbot bei Eintritt der dem Vertrage beigefügten Suspensivbedingung oder Terminsbestimmung aufgehoben war (§ 309 mit § 308 Abs. II).

d) Unwirksamkeit eines Vermächtnisses. Sie tritt ein, wenn das Verbot zur Zeit des Erbfalles besteht, es sei denn, daß auch hier die sub c β und γ angedeuteten Aussichten auf Beseitigung des Verbotes bestehen (§ 2171 Satz 1 und 2).

2. Nicht sowohl ein gesetzliches Verbot als „ein den Schutz eines Anderen bezweckendes Gesetz“[151]) überhaupt, möglichenfalls also auch eine gebietende Norm[152]), und der Verstoß dagegen kann, wie bereits oben § 8 sub II 2f erörtert wurde, zu einer Schadensersatzpflicht führen (§ 823 Abs. II).

3. Ein Zuwiderhandeln gegen ein zum Schutze von Grundstücken erlassenes Strafgesetz kann nach den unberührt bleibenden etwaigen

---

[150]) Nach § 135 Abs. I Satz 2 steht der rechtsgeschäftlichen Verfügung eine im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung stattfindende gleich.

[151]) Vergl. dazu die Verletzung des „Aneignungsrechts eines Anderen“, welches ebenso wie das Verbot der Aneignung in § 958 Abs. 2 (oben Anm. 147), gleichfalls auf Gesetz beruhen kann.

[152]) Sehr viele Gebote lassen sich in entsprechende Verbote verwandeln und umgekehrt. So das Verbot schnellen Radfahrens in den Straßen der Stadt in das Gebot langsamen Fahrens.

landesgesetzlichen Vorschriften laut Einf.G. z. B. G.B. Art. 107 zur Schadensersatzpflicht führen (vergl. oben § 8 sub II 2e).

III. Ein Verstoß gegen die guten Sitten.

1. Seine Folgen sind:

a) Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts (wie wegen Verbotswidrigkeit, oben sub II 1a, doch ohne die salvatorische Klausel für Fälle, in denen das Gesetz ein Anderes ergebe). Als Musterbeispiele dieses Verstoßes gegen die guten Sitten führt das B.G.B. dieselben Thatbestände an (Ausbeutung der Nothlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines Anderen bei Entgegennahme solcher Vermögensvortheile bezw. eines Versprechens solcher Vortheile, welche den Umständen nach in auffälligem Mißverhältnisse zu der Leistung selber stehen), die schon die älteren Wuchergesetze[153]) zu Nichtigkeitsgründen erhoben haben[154]) (§ 138 Abs. I und II).

b) Eine Schadensersatzpflicht desjenigen, welcher in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem Anderen vorsätzlich Schaden zufügt (§ 826; vergl. oben § 7 sub II 1e).

2. Auch das Einf.G. z. B. G.B. erwähnt den Verstoß gegen die guten Sitten und zwar in den das Internationale Privatrecht betreffenden Vorschriften, indem Art. 30 die Anwendung eines ausländischen Gesetzes für ausgeschlossen erklärt, wenn sie gegen die guten Sitten (oder gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes) verstoßen würde.

3. Die Rücksichtnahme des B.G.B. auf die guten Sitten darf nicht verwechselt werden mit seiner Berücksichtigung der „Verkehrssitte". Denn diese harmonirt gleich der „Verkehrsanschauung" (oben § 5 II) nicht nothwendig mit den Grundsätzen der Moral.[155]) Wohl aber wird die „sittliche Pflicht" mit den „guten Sitten" übereinstimmen, welche nebst den Anstandsrücksichten zu gewissen besonderen Grundsätzen[156]) für Schenkungen führen.

---

[153]) Vergl. Reichsgesetz vom 24. Mai 1880 (Reichsgesetzbl. S. 109) Art. 3 Abs. I bezw. Reichsgesetz vom 19. Juni 1893 (Reichsgesetzbl. S. 197) Art. II (St.G.B. § 302a), wonach derartige Verträge „ungültig" sind.

[154]) Daher hebt Einf.G. z. B. G.B. Art. 47 auch den Art. II der Wuchernovelle vom 19. Juni 1893 (vorige Anmerkung) auf.

[155]) Die oben § 5 II erwähnten Stellen, in denen „Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte" erwähnt werden, dürften allerdings eine Identität dieser sittlichen Verkehrsanschauungen mit den ethischen Anschauungen überhaupt voraussetzen.

[156]) Vergl. B.G.B. §§ 534, 1446 Abs. II, 1641 Satz 2, 2113 Abs. II Satz 2, 2205 Satz 3, 2207 Satz 2, 2330. Vergl. meine Vorträge § 9 S. 79.

§ 10.

Die Widerrechtlichkeit.

A. Die Widerrechtlichkeit begegnet in sechs verschiedenen Kombinationen des Begriffes widerrechtlich mit anderen Begriffen, nämlich als (I) widerrechtliche und vorsätzliche Handlungsweise, (II) widerrechtliche Handlungsweise überhaupt, (III) widerrechtliche Drohung, (IV) widerrechtliche Schadenszufügung, (V) widerrechtliches Verlassen des Dienstes und (VI) widerrechtliche Vorenthaltung eines Kindes.

I. Widerrechtliche und vorsätzliche Handlungsweise. Sie ist bereits oben § 3 sub C bei Besprechung des Vorsatzes eingehend erörtert worden: sie erschien dort als (vorsätzliche und widerrechtliche) Tödtung, Verhinderung des Schenkers am Widerrufe, Tödtungsversuch und Verhinderung des Erblassers an Errichtung oder Aufhebung einer letztwilligen Verfügung und Verletzung von Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit, Eigenthum oder sonstigen Rechten (B.G.B. §§ 530 Abs. II, 2339 Abs. I Nr. 1 und 2, 2345 Abs. I Satz 1, 823 Abs. I).

II. Widerrechtliche Handlungsweise überhaupt. Sie kann sich als verbotene Eigenmacht darstellen (§ 858 Abs. I [157]) und ergiebt dann folgende Konsequenzen:

1. Innerhalb der Lehre vom Besitze die Konsequenzen, daß der durch verbotene Eigenmacht erlangte Besitz fehlerhaft ist (§ 858 Abs. II), daß sich der Besitzer der verbotenen Eigenmacht mit Gewalt erwehren und event. die bewegliche Sache mit Gewalt wegnehmen und aus der unbeweglichen den Thäter entsetzen darf (§ 859), daß er Wiedereinräumung des Besitzes (§ 861) und Beseitigung der Störung verlangen darf (§ 862).[158]) Vergl. dazu auch § 1029.

2. Innerhalb der Lehre vom Eigenthume und im Erbrecht die Konsequenz, daß der Besitzer, welcher sich den Besitz durch verbotene Eigenmacht verschafft hat, dem Eigenthümer bezw. der Erbschaftsbesitzer, welcher eine zur Erbschaft gehörige Sache durch verbotene Eigenmacht erlangte, dem Erben nach den Vorschriften über Schadensersatz wegen

---

[157]) B.G.B. § 858 Abs. II: „Wer dem Besitzer ohne dessen Willen den Besitz entzieht oder ihn im Besitze stört, handelt, sofern nicht das Gesetz die Entziehung oder Störung gestattet, widerrechtlich (verbotene Eigenmacht)".

[158]) Desgleichen nach § 869 Satz 1 der mittelbare Besitzer.

unerlaubter Handlungen (oben § 7) haftet (vergl. ebenda sub V 2), der gutgläubige Erbschaftsbesitzer freilich nur, wenn der Erbe seinerseits den Besitz der Sache bereits thatsächlich ergriffen hatte (§§ 992 und 2025).

III. Widerrechtliche Drohung.

1. Die widerrechtliche Drohung giebt den Grund für Anfechtung von Rechtsgeschäften. Anfechtbar sind wegen widerrechtlicher Drohung:

a) in ähnlichem Umfange wie die „arglistige Täuschung“ diese Anfechtbarkeit herbeiführt (unten § 12 sub A I 1):

α) Willenserklärungen überhaupt (§ 123 Abs. I);

β) Verträge, deren Leistungsinhalt ein Dritter bestimmen sollte (§ 318 Abs. II);[159]

γ) Ehen (§ 1335);

δ) Erbeinsetzungen und Vermächtnisse sowie Pflichttheilsbewilligungen (§§ 2339 Abs. I Nr. 3, 2345 Abs. I Satz 1 und Abs. II);

b) außerdem letztwillige Verfügungen überhaupt sowie Erbverträge (§§ 2078 Abs. II, 2281 Abs. II).

2. Die „Drohung“ allein ohne Betonung ihrer Widerrechtlichkeit, die eben in diesem Falle selbstverständlich ist,[160] enthält den Grund für einen Entschädigungsanspruch, der durch Drohung zur Gestattung der außerehelichen Beiwohnung bestimmten Frauensperson (§§ 825, 847 Abs. II, unten § 12 sub B 1).

IV. Widerrechtliche Schadenszufügung überhaupt.

1. Sie kann gleich Fahrlässigkeit zur civilrechtlichen Verantwortlichkeit führen, wenn sie von demjenigen ausgeht, welcher sich durch geistige Getränke oder ähnliche Mittel in einen vorübergehenden Zustand der Bewußtlosigkeit oder einer die freie Willensbestimmung ausschließenden krankhaften Störung der Geistesthätigkeit versetzt hat (§ 827 Satz 2; vergl. oben § 4 sub II 3).

2. Sie verpflichtet zum Schadensersatze nicht blos den widerrechtlich handelnden Urheber des Schadens, sondern auch denjenigen, welcher diesen zu der betreffenden Verrichtung bestellt oder vertragsmäßig

[159]) B.G.B. § 318 Abs. II sagt zwar nur „Drohung“, meint aber zweifellos die widerrechtliche Drohung, wie auch §§ 124 Abs. II, 1346, 1704, 1954 Abs. II von „Drohung“ schlechthin sprechen und wie von einer Täuschung ohne ausdrückliche Erwähnung ihrer Arglistigkeit z. B. in §§ 123 Abs. II, 1334 Abs. I Satz 2, 1337 Abs. II, 1339 Abs. II die Rede ist.

[160]) Vergl. die vorige Anmerkung.

zugelassen hat, in deren Ausführung er den Schaden widerrechtlich zufügte (§ 831 Abs. I Satz 1 und II); auch die Dienstherrschaft des Gesindes ist alsdann haftbar (Einf.G. z. B.G.B. Art. 95 Abs. II), (vergl. oben § 7 sub III 6d).

3. Sie verpflichtet zum Schadensersatze endlich denjenigen, welcher nach Gesetz oder Vertrag die Führung der Aufsicht über eine minderjährige oder wegen ihres geistigen oder körperlichen Zustandes der Beaufsichtigung bedürftige Person zu führen hat, wenn diese Person einem Dritten widerrechtlichen Schaden zufügt (§ 832 Abs. I Satz 1 und Abs. II).

V. Widerrechtliches Verlassen des Dienstes oder vielmehr Verleitung dazu. Hierfür bleiben die etwaigen Vorschriften des partikularen Gesinderechts[161]) maßgebend (Einf.G. z. B.G.B. Art. 95 Abs. I).

VI. Widerrechtliche Vorenthaltung des Kindes führt die Pflicht zur Herausgabe desselben an den Vater bezw. die die elterliche Gewalt ausübende Mutter bezw. an den Vormund herbei (§ 1632, §§ 1686, 1800).

B. Nicht als widerrechtlich betrachtet das Gesetz gewisse Akte der Selbstvertheidigung und der Selbsthülfe, nämlich:

1. Handlungen, welche durch Nothwehr geboten werden (§ 227 Abs. I) also (§ 227 Abs. II) durch die zur Abwendung eines gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffes von sich oder von einem Anderen erforderliche Vertheidigung;

2. Beschädigung oder Zerstörung einer fremden Sache, um eine durch sie drohende Gefahr von sich oder einem Anderen abzuwenden: sofern wenigstens die Beschädigung oder Zerstörung zur Abwendung der Gefahr nothwendig ist und der Schaden nicht außer Verhältniß zur Gefahr steht (§ 228 Satz 1);

3. Wegnahme, Zerstörung oder Beschädigung einer Sache oder Festnahme eines fluchtverdächtigen Verpflichteten bezw. Beseitigung des Widerstandes des zu einer Duldung Verpflichteten gegen die betreffende Handlung: sofern wenigstens obrigkeitliche Hülfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist und ohne sofortiges Eingreifen die Gefahr besteht, daß die Verwirklichung des Anspruches vereitelt oder wesentlich erschwert werde (§ 229).

[161]) Vergl. Preußische Gesinde-Ordnung vom 8. November 1810 (Gesetzsammlung S. 101) §§ 16f. sowie §§ 51, 167ff. in Verbindung mit A.L.R. I, 6 § 29ff.

C. Neben dem Ausdrucke „widerrechtlich“ begegnet vereinzelt der Ausdruck „rechtswidrig“ (§ 227 Abs. II; vergl. oben sub B 1): nur wenn ein gegenwärtiger Angriff zugleich rechtswidrig ist, stellt sich die zu seiner Abwehr erforderliche Vertheidigung als Nothwehr dar.

D. Den Gegensatz zur „Widerrechtlichkeit“ und zur „Rechtswidrigkeit“ bildet das rechtmäßige Verhalten, wie es in § 1242 Abs. I und § 1243 Abs. I bei der Pfandveräußerung Erwähnung findet.[162])

E. Abgesehen von seiner sub B hervorgehobenen Abgrenzung in der Richtung auf „Selbstvertheidigung“ und „Selbsthülfe“ wird der Begriff der Widerrechtlichkeit nicht definirt. Da er (vergl unten § 19) ebenso wie im Strafrecht[163]) auf Handlungen gegen die positive Rechtsordnung überhaupt, nicht blos gegen die Vorschriften des B. G.B. bezogen werden muß, so stellt sich als ein bloßer Unterfall der Widerrechtlichkeit auch das „gesetzwidrige Verhalten“ dar, welches (vergl. unten § 15 sub A IV) vom Vorstande eines eingetragenen Vereins ausgehend, im B. G.B. § 43 Abs. I als Grund für die Gefährdung des Gemeinwohls und daher für die Entziehung der Rechtsfähigkeit des Vereins erscheint.

§ 11.

Absicht.

Die „Absicht“ begegnet in einigen dem Familien- und dem Erbrecht angehörigen Fällen, jedoch in mehrfach verschiedener Form, theils (I) als „Absicht zu benachtheiligen“ oder „Absicht zu beeinträchtigen“, theils (II) als „bösliche Absicht“, theils (III) als „absichtliche Vornahme“ einer speziellen Handlung.

I. Die „Absicht zu benachtheiligen“ (unten Nr. 1—3) bezw. die „Absicht zu beeinträchtigen“ (unten Nr. 4) ist zumeist mit einer Entschädigungspflicht, zuweilen aber auch mit anderen Rechtsfolgen verknüpft.

[162]) Einen gleichen weiteren Sinn des „dem (objektiven) Rechte gemäßen“ Vorganges hat das Wort „rechtmäßig“ in § 1318 Abs. I („kraft dieses Gesetzes nunmehr rechtsmäßig verbundene Eheleute“; vergl. schon das sog. Personenstandsgesetz vom 6. Februar 1875, Reichsgesetzbl. S. 23, § 52).

[163]) Vergl. St.G.B. § 123 Abs. I. Häufiger als der Ausdruck „widerrechtlich“ begegnet im Strafgesetzbuche der Ausdruck „rechtswidrig“ (z. B. in §§ 242 Abs. I, 246 Abs. I, 263 Abs. I).

1. Einer Entschädigungspflicht unterliegt wegen der Absicht zu benachtheiligen:

a) Der Ehemann, der bei allgemeiner Gütergemeinschaft, bei Errungenschaftsgemeinschaft oder bei Fahrnißgemeinschaft eine Verminderung des von ihm zu verwaltenden Gesammtgutes in der Absicht vornimmt, die Ehefrau zu benachtheiligen; die Entschädigungspflicht greift gegenüber dem Gesammtgute Platz (§ 1456 Satz 2, § 1519 Abs. II, § 1549);

b) der überlebende Ehegatte, der bei fortgesetzter Gütergemeinschaft in der Absicht, die Abkömmlinge zu benachtheiligen, eine Verminderung des Gesammtgutes vornimmt; auch hier erfolgt die Entschädigung zum Gesammtgute (§ 1487 in Verbindung mit § 1456);

c) der Vorerbe, welcher die Erbschaft in der Absicht, den Nacherben zu benachtheiligen, vermindert; er haftet dem Nacherben auf Schadensersatz (§ 2138 Abs. II).

2. Der Klage auf Aufhebung des Gemeinschaftsverhältnisses ist ausgesetzt wegen Verminderung des Gesammtgutes in der Absicht, die klagende Partei zu benachtheiligen:

a) der Ehemann seitens der Ehefrau bei allgemeiner Gütergemeinschaft, Errungenschaftsgemeinschaft und Fahrnißgemeinschaft (§ 1468 Nr. 2, §§ 1542 Abs. I, 1549);

b) der überlebende Ehegatte seitens der Abkömmlinge bei fortgesetzter Gütergemeinschaft (§ 1495 Nr. 2).

3. Unbeschränkter Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten unterliegt trotz Errichtung des Inventars der Erbe, wenn er in der Absicht, die Nachlaßgläubiger zu benachtheiligen, die Aufnahme einer nicht bestehenden Nachlaßverbindlichkeit ins Inventar bewirkt (§ 2005 Abs. I).

4. Nicht der Schuldige selber, sondern eine andere Person muß in nachstehenden Fällen die Folgen einer Absicht des Erblassers, eine andere Person zu beeinträchtigen, tragen:

a) Der Beschenkte, wenn der Erblasser in der Absicht, den Vertragserben zu beeinträchtigen, die Schenkung gemacht hat: nach Anfall der Erbschaft kann hier der Vertragserbe die Herausgabe des Geschenkes (nach den Grundsätzen über Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung, §§ 812 ff.) verlangen (§ 2287 Abs. I);

b) Gleichfalls der Beschenkte, wenn der Erblasser in der Absicht, den in einem Vermächtnisse Bedachten zu beeinträchtigen, den

Gegenstand des Vermächtnisses veräußert oder belastet hat: hier darf der Bedachte den sub a erwähnten Anspruch auf Herausgabe des Geschenks geltend machen, soweit er nicht vom Erben selber Ersatz verlangen kann (§ 2288 Abs. II Satz 2);

c) der Erbe, wenn der Erblasser den Gegenstand eines vertragsmäßig angeordneten Vermächtnisses in der Absicht, den Bedachten zu beeinträchtigen, zerstört, bei Seite geschafft oder beschädigt hat: hier muß der Erbe, wenn er nunmehr außer Stande ist, die Leistung zu bewirken, dem Bedachten den Werth erstatten (§ 2288 Abs. I);

d) gleichfalls der Erbe, wenn der Erblasser den Gegenstand des Vermächtnißvertrages in der Absicht, den Bedachten zu benachtheiligen, veräußert oder belastet hat: hier muß der Erbe dem Bedachten den Gegenstand verschaffen bezw. die Belastung beseitigen und muß, wenn die Verschaffung unmöglich ist, bezw. kann, wenn sie nur mit unverhältnißmäßigen Aufwendungen möglich ist, statt der Sache den Werth entrichten (§ 2288 Abs. II Satz 1 und § 2170 Abs. II).

II. Die bösliche Absicht ist von Bedeutung für die Rechtsbeziehungen der Ehegatten untereinander bezw. zu ihren Kindern. Es besteht nämlich:

1. nach § 1567 Abs. II Nr. 1 und 2 ein besonderer Ehescheidungsgrund wegen „böslicher Verlassung“ mit den daraus folgenden vermögensrechtlichen Nachtheilen für den Schuldigen (§§ 1578 ff.) und mit dem daraus gleichfalls folgenden Verluste des Rechtes des Geschiedenen zur Sorge für die Person der Kinder (§ 1635 Abs. I Satz 1); und es besteht

2. nach § 2335 Abs. I für den testirenden Ehegatten ein besonderer Enterbungsgrund (ein Grund, dem anderen Ehegatten den Pflichttheil zu entziehen); beide Rechtsnachtheile (sub 1 und 2) setzen aber voraus, daß dieser andere Ehegatte gegen den Willen des klagenden bezw. testirenden Theils in böslicher Absicht:

a) nachdem er zur Herstellung der häuslichen Gemeinschaft rechtskräftig verurtheilt worden ist, ein Jahr lang dem Urtheil nicht Folge geleistet hat oder

b) sich ein Jahr lang von der häuslichen Gemeinschaft ferngehalten hat und die Voraussetzungen für die öffentliche Zustellung seit Jahresfrist gegen ihn bestanden haben.

III. „Absichtliche" Vornahme gewisser Handlungen und als Konsequenz davon gewisse Rechtsnachtheile interessiren endlich insofern, als die unbeschränkte Haftung des Erben für Nachlaßverbindlichkeiten (oben sub I, 3) auch Platz greift, sofern der Erbe

1. „absichtlich" eine erhebliche Unvollständigkeit der im Inventar enthaltenen Angabe der Nachlaßgegenstände herbeiführt (§ 2005 Abs. I Satz 1) oder

2. „absichtlich" die Auskunft in erheblichem Maße verzögert, zu welcher er dem Nachlaßgericht bezw. den von diesem beauftragten Organen (Behörde, Beamter oder Notar) verpflichtet ist, wenn das Nachlaßgericht auf den eigenen Antrag des Erben das Inventar selber aufnimmt oder durch jene Organe aufnehmen läßt (§ 2005 Abs. I Satz 2 und § 2003 Abs. I).

§ 12.

Die Arglist und verwandte Begriffe.

A. Die „Arglist" tritt in zwei Kombinationen auf, als „arglistige Täuschung" (I) und als „arglistiges Verschweigen" (II).

I. Arglistige Täuschung.

Ihre Rechtsfolgen sind:

1. Anfechtbarkeit. Anfechtbar ist (oben § 10 III 1):

a) jede Willenserklärung, zu welcher der Erklärende durch arglistige Täuschung bestimmt worden ist; anfechtungsberechtigt ist der Erklärende selber (§ 123 Abs. I; vergl. dazu auch über § 123 Abs. II oben § 4 sub III 4a);

b) ein obligatorischer Vertrag im Besonderen, wenn die Bestimmung der Leistung des einen Theiles einem Dritten überlassen wurde und dieser arglistig getäuscht worden ist; anfechtungsberechtigt sind die Kontrahenten selber (§ 318 Abs. II Satz 1);

c) eine Ehe, wenn ein Ehegatte zur Eingehung der Ehe durch arglistige Täuschung über solche Umstände bestimmt worden ist, die ihn bei Kenntniß der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe von der Eingehung der Ehe abgehalten haben würden; anfechtungsberechtigt ist der getäuschte Ehegatte (§ 1334 Abs. I);

d) der Anspruch aus einer Erbeinsetzung oder aus einem Vermächtnisse bezw. ein Pflichttheilsanspruch (bezw. auch ein Erb-

anspruch ab intestato, vergl. oben § 10 sub III 1 aδ), wenn der eingesetzte Erbe bezw. der Vermächtnißnehmer bezw. der Pflichttheilsberechtigte den Erblasser durch arglistige Täuschung bestimmt hat, eine Verfügung von Todeswegen zu errichten (bezw. aufzuheben) (§ 2339 Abs. I Nr. 3, § 2345 Abs. I Satz 1, § 2345 Abs. II und § 2340 Abs. I). Anfechtungsberechtigt ist Jeder, dem der Wegfall des Bedachten zu Statten kommt (§ 2341).

2. Erbunwürdigkeit desjenigen Erben, der die sub 1 d bezeichnete Täuschung begangen hat. Die mittelbare und praktische Wirkung der Erbunwürdigkeit ist allerdings auch hier das sub 1 d angedeutete Anfechtungsrecht (§ 2339 I Nr. 3, §§ 2340 I, 2341).

II. Arglistiges Verschweigen.

Das arglistige Verschweigen ist von Rechtsfolgen — nämlich von Rechtsnachtheilen für den Arglistigen, insbesondere von Schadensersatzansprüchen gegen ihn — begleitet, sofern es sich um Verschweigen von Fehlern einer Sache oder von Mängeln im Rechte handelt.

1. Schadensersatzansprüche:

a) Ersatz des Schadens, welcher aus dem arglistig verschwiegenen Sach- bezw. Rechtsmangel (d. h. Mangel im Rechte) entstanden ist. Diesen Ersatz kann beanspruchen:

α) der Beschenkte und der Empfänger einer Ausstattung, sowie der Entleiher sowohl wegen Sach- wie wegen Rechtsmangels (§ 523 Abs. I, § 524 Abs. I, § 1624 Abs. II, § 600);

β) der von einem Erbschaftskäufer Beschenkte im Besonderen nur wegen Rechtsmangels (§ 2385 Abs. II Satz 2 a. E.).

b) Schadensersatz wegen Nichterfüllung: ihn kann beanspruchen — die Gegenpartei unterliegt der „Gewährleistungspflicht“ — auf Grund arglistig verschwiegener Fehler der Sache (nicht auf Grund etwaiger Rechtsmängel):

α) der Käufer und (§ 515) der Tauschende (und zwar trotz seiner grobfahrlässigen Unkenntniß des Fehlers: § 460 Satz 2; vergl. oben § 4 sub I 2aαα') an Stelle des Anspruches auf Wandelung oder Minderung (§ 463 Satz 2) und selbst bei Gattungssachen an Stelle des Anspruches auf Wandelung oder Minderung oder Lieferung einer fehlerfreien Sache (§ 480 Abs. II);

β) nur in Betreff von Gattungssachen an Stelle des Anspruches auf Lieferung einer fehlerfreien Sache: der Beschenkte, der Empfänger einer Ausstattung und der Vermächtnißnehmer (§ 524 Abs. II Satz 2, § 1624 Abs. II, § 2183 Satz 2).

2. Andere Rechtsfolgen:

a) Nichtigkeit etwaiger Abreden über Erlaß oder Beschränkung der Pflicht zur Gewährleistung oder zur sonstigen Vertretung von Mängeln. Solche Abreden sind nichtig:

α) wenn sie Rechtsmängel betreffen: beim Kauf und Tausch (§ 443, § 515; vergl. auch § 445), sowie beim Vermächtniß einer Gattungssache (§ 2182 Abs. I) und bei Schenkung eines vom Schenker erst zu erwerbenden Gegenstandes (§ 523 Abs. II Satz 2).

β wenn sie Fehler der Sache betreffen: beim Kauf und Tausch (§ 476 und § 515; vergl. auch § 480 Abs. I), bei Miethe und Pacht (§ 540 und § 581 Abs. II), sowie bei Werkvertrag (§ 637).

b) Prolongation der Verjährungsfrist. Bei Kauf und Tausch (§ 477 Abs. I Satz 1, § 515; vergl. auch § 480 Abs. I), sowie bei Werkvertrag (§ 638 Abs. I Satz 1) greift die verkürzte Verjährungsfrist[164]) nicht Platz, es behält vielmehr sein Bewenden bei der regelmäßigen dreißigjährigen[165]) Verjährungsfrist, wenn der Gegenkontrahent den Mangel der zugesicherten Eigenschaft bezw. den Mangel des Werkes arglistig verschwiegen hat.

c) Fortbestand des Zurückbehaltungs- und Aufrechnungsrechtes. Gleichfalls bei Kauf und Tausch (§ 478 Abs. II, § 479 Satz 2, § 515; vergl. auch § 480 Abs. I), sowie bei Werkvertrag (§ 639 Abs. I) ist die Befugniß, auch nach Verjährung der Wandelungs- und Minderungsklage die Zahlung des Kaufpreises für die fehlerhafte Sache, die Aushändigung des Tauschobjektes und die Vergütung für das fehlerhafte Werk zu verweigern oder diese Gegenleistung zur Aufrechnung zu stellen, im Allgemeinen abhängig von einer vor Vollendung der Verjährung erfolgten oder doch abgesendeten Mängelanzeige, bezw. von dem Antrage auf gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises oder von

[164]) Bei Kauf und Tausch von Mobilien 6 Monate seit Ablieferung; bei Kauf und Tausch von Grundstücken 1 Jahr seit der Uebergabe; beim Werkvertrage im Allgemeinen 6 Monate, bei Arbeiten an einem Grundstücke 1 Jahr, bei Bauwerken 5 Jahre seit Abnahme des Werkes.

[165]) B.G.B. § 195; vergl. jedoch auch event. § 196 Nr. 1—4 u. 9.

der Streitverkündung in einem mit einem späteren Erwerber der Sache wegen des Mangels anhängigen Rechtsstreite. Diese Voraussetzung kommt jedoch in Fortfall, es bedarf also der Mängelanzeige u. s. w. nicht, wenn der Gegenkontrahent den Mangel arglistig verschwiegen hat.

d) Fortbestand der Gewährleistungsansprüche überhaupt. Bei Viehmängeln insbesondere („Hauptmängel“[166]) wie — nach § 492 Satz 1 — auch sonstige, besonders übernommene Mängel) gehen die Mängelansprüche des Käufers und (nach § 515) des Tauschenden im Allgemeinen verloren, wenn wegen des Fehlers nicht spätestens zwei Tage nach dem Ablaufe der Gewährfrist, bezw. dem früheren Tode des Thieres die sub c erwähnte Anzeige, Beweisbeantragung oder Streitverkündung, bezw. die Klageerhebung erfolgt. Dieser Anspruchsverlust tritt jedoch nicht ein, wenn der Gegenkontrahent die Mängel arglistig verschwiegen hatte (§ 485).

e) Aufhebung bezw. Reduktion des Anspruchs auf Miethsund Pachtzins tritt zu Gunsten des Miethers (§ 539 Satz 2 und dazu § 460, oben sub 1 b α) und Pächters (§ 581 Abs. II) ein, wenn zwar dem Miether bezw. Pächter der Fehler der Sache in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt war (vergl. § 4 sub I 2 a α β'), andererseits aber der Vermiether oder Verpächter den Mangel arglistig verschwiegen hatte.

III. Unter das „arglistige Verschweigen“ und dessen Verknüpfung mit Rechtsnachtheilen für den Arglistigen ist auch der Fall zu rechnen, „wenn der Finder den Fund auf Nachfrage verheimlicht“ (§ 971 Abs. II, § 973 Abs. II Satz 2). Die Wirkung dieses unehrlichen Verhaltens ist, daß der Finder weder den Anspruch auf Finderlohn, noch das Eigenthum an dem vom Verlierer nicht reklamirten Fundobjekte erwirbt.

B. Der „Arglist“ nahe verwandt sind die **„Hinterlist“**, das **„Handeln ohne Wissen“** des Andern, die **„wahrheitswidrige Vorspiegelung“** und die **„Ertheilung eines unrichtigen Zeugnisses“**.

I. Hinterlist. Sie bildet (nebst der Drohung und nebst dem Mißbrauche eines Abhängigkeitsverhältnisses, vergl. oben § 10 sub III 2) den Grund für den Schadensersatzanspruch einer weiblichen Person, die zur Gestattung der außerehelichen Beiwohnung bestimmt worden ist (§ 825); und zwar kann hier (und ferner, wenn gegen die Frauens-

[166]) Ueber den Begriff „Hauptmängel“ vergl. oben S. 86 Anm. 9

person ein Verbrechen oder Vergehen wider die Sittlichkeit begangen wurde, vergl. oben § 8 sub II 2b), auch derjenige Schaden geltend gemacht werden und zu einer „billigen Entschädigung in Geld“ führen, welcher nicht ein Vermögensschaden ist (§ 847 Abs. I).

II. Das „Handeln ohne Wissen“ des Anderen wird sich zwar nicht stets, aber zumeist als eine absichtliche, bewußte Ausnutzung der Unkenntniß des Anderen darstellen, führt aber auch ungeachtet dieser Nebenabsicht (ebenso wie das Handeln unter Widerspruch der Gegenpartei) eine Rechtsfolge des Inhaltes herbei, daß einmal das Pfandrecht des Vermiethers und des Verpächters trotz Entfernung der eingebrachten Sachen fortbesteht, wenn diese Entfernung „ohne Wissen (oder unter Widerspruch) des Vermiethers (Verpächters) erfolgt“, und daß sodann der Vermiether (Verpächter) sogar die Herausgabe der Sachen zum Zwecke der Zurückschaffung in das Grundstück und, wenn der Miether ausgezogen ist, die Ueberlassung des Besitzes verlangen darf (§ 560 Satz 1, § 561 Abs. II Satz 1 und § 581 Abs. II).

III. Wahrheitswidrige Vorspiegelung einer zur Gültigkeit gewisser Rechtsgeschäfte erforderlichen Genehmigung führt zu einem Widerrufsrechte des getäuschten Mitkontrahenten, der seinerseits beim Abschlusse des Rechtsgeschäftes zwar die Nothwendigkeit, nicht aber den thatsächlichen Mangel der Einwilligung kannte, wenn der andere Theil in nachstehenden Fällen „der Wahrheit zuwider die Einwilligung behauptet hat“:

1. wenn bei einem Vertragsschlusse beliebiger Art der Minderjährige die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters behauptet hat (§ 109 Abs. II);

2. wenn im Falle des gesetzlichen Güterrechts bei einem Vertrage über eingebrachtes Gut die Ehefrau die Einwilligung des Ehemannes behauptet hat (§ 1397 Abs. II);

3. wenn in bestimmten vom Gesetze näher bezeichneten Fällen wahrheitswidrig behauptet wurde:

a) durch den Ehemann die Einwilligung der Ehefrau bei gewissen [167]) Rechtsgeschäften über das Gesammtgut [168]) im Falle der allgemeinen Gütergemeinschaft (§ 1448 Abs. I und dazu § 1397 oben

[167]) Sie sind im B.G.B. §§ 1444—1446 aufgezählt.

[168]) Nur bei dem in § 1446 Abs. I erwähnten Schenkungsversprechen und der zu seiner Erfüllung erfolgten Verfügung des Ehemannes betrifft nach Satz 2

sub 2), der Errungenschaftsgemeinschaft (§ 1519 Abs. II) oder der Fahrnißgemeinschaft (§ 1549);

b) durch den überlebenden Ehegatten die Einwilligung seiner Abkömmlinge bei denselben Rechtsgeschäften wie sub a im Falle fortgesetzter Gütergemeinschaft (§ 1487 Abs. I);

c) durch den ehelichen Vater bezw. die eheliche Mutter die Einwilligung des Vormundschaftsgerichts (§ 1643 Abs. III, § 1686) sowie durch die die elterliche Gewalt ausübende eheliche Mutter auch die Einwilligung des Beistandes (§ 1690 Abs. I Satz 1) bei gewissen [169]) Rechtsgeschäften über das Kindesvermögen (§ 1830);

d) durch den Vormund bezw. den Pfleger die Einwilligung des Vormundschaftsgerichts bezw. des Gegenvormundes bei gewissen [170]) Rechtsgeschäften über das Mündelvermögen (§§ 1830, 1832, 1897, 1915 Abs. I).

IV. Die Ertheilung eines unrichtigen Dienstzeugnisses interessirt nach Einf.G. z. B.G.B. Art. 95 Abs. I (vergl. oben § 10 sub A V) insofern, als die landesgesetzlichen Vorschriften des Gesinderechts aufrecht erhalten bleiben, denen zu Folge hier eine Schadensersatzpflicht der Dienstherrschaft eintritt.[171])

§ 13.

Böswilligkeit.

Der in § 11 sub II erörterten böslichen Absicht ist sprachlich (und begrifflich, vergl. unten § 19) enge verwandt die „Böswilligkeit". Sie ist ebenso wie in jenen Fällen die „bösliche Absicht" von pekuniären Rechtsfolgen begleitet. Maßgebend ist jedoch nicht Böswilligkeit allein, sondern:

---

das Erforderniß des Konsenses der Ehefrau auch solche Schenkungsversprechungen, welche sich nicht auf das Gesammtgut beziehen.

[169]) Es sind dies (vergl. B.G.B. § 1643 Abs. I) die in § 1821 Abs. I Nr. 1—3 (vergl. § 1821 Abs. II) und in § 1822 Nr. 1, 3, 5, 8—11 aufgezählten Dispositionen.

[170]) Dies sind nicht blos die in der vorigen Anmerkung erwähnten Akte, sondern alle Rechtsgeschäfte, zu denen nach dem B.G.B. (vergl. insbesondere §§ 1819—1824 sowie §§ 1810, 1812) Konsens des Vormundschaftsgerichts oder des Gegenvormundes erforderlich ist.

[171]) Vergl. z. B. Preußische Gesinde-Ordnung vom 8. November 1810 (Gesetzsammlung S. 101) § 174 f.

1. Böswillige Pflichtverletzung (wenn nämlich Jemand „die ihm gesetzlich obliegende Unterhaltspflicht böswillig verletzt"). Hierfür kann der Ascendent den „Abkömmling", das Kind den Vater und die Mutter enterben und der Tochter kann die Ausstattung verweigert werden (§ 2333 Nr. 4, § 2334, § 1621 Abs. II).

2. Böswillige Unterlassung der Verwendung seiner Arbeitskraft. Es muß sich der sub a—c genauer bezeichnete Vertragstheil gegen seinen Anspruch von der Gegenpartei dasjenige anrechnen lassen, was er „durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft" (seiner Dienste: unten sub b) „erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt". (Vergl. hierzu meine oben S. 105 Anm. 47 citirten „Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch" § 8 S. 68.) Diesem Rechtsnachtheile unterliegt:

a) Ganz allgemein bei gegenseitigem Vertrage jeder Vertragstheil, wenn die ihm (dem A) obliegende Leistung unmöglich wird entweder in Folge eines Umstandes, den der andere Vertragstheil (der B) zu vertreten hat oder in Folge eines von ihm (A) nicht zu vertretenden Umstandes, der zu einer Zeit eintritt, zu welcher der andere Theil (B) in Annahmeverzug ist (§ 324 Abs. I und II).

b) Im Besonderen beim Dienstvertrage der zur Dienstleistung Verpflichtete, wenn der Dienstberechtigte mit der Annahme der Dienste in Verzug kommt (§ 615 Satz 2).

c) Im Besonderen beim Werkvertrage der Unternehmer des Werkes, wenn der Besteller von dem ihm bis zur Vollendung des Werkes jederzeit zustehenden Kündigungsrechte Gebrauch macht (§ 649 Satz 2).

§ 14.
Verfehlungen.

Die „Verfehlungen" als Gründe von Rechtsfolgen werden zumeist mit bestimmten Handlungsweisen in engste Verbindung gesetzt und nur an einer Stelle ganz allgemein erwähnt.

I. Ganz allgemein ist von einer „schweren Verfehlung" die Rede in § 530 Abs. I, wo diese als Symptom groben Undankes des Beschenkten gegen den Schenker oder einen nahen Angehörigen desselben betrachtet und daher zum mittelbaren Grunde des Widerrufes der Schenkung erhoben wird.

II. Die Beziehung der Verfehlung auf bestimmte andere Handlungsweisen findet sich im Buche IV (Familienrecht) und insbesondere im

Buche V (Erbrecht), hier wiederum zumeist mit der Wirkung eines Enterbungsgrundes. Die als „Verfehlungen" bezeichneten Missethaten selber haben wir größtentheils schon bei anderen Gelegenheiten [172]) kennen gelernt.

1. Sie sind im Einzelnen die folgenden:

a) Lebensnachstellung und Verbrechen oder schwere vorsätzliche Vergehen, böswillige Verletzung der Unterhaltspflicht sowie körperliche Mißhandlung und ehrloser oder unsittlicher Lebenswandel. Ihretwegen kann der Abkömmling enterbt und der Tochter die Ausstattung verweigert werden (§ 2333, § 1621 Abs. II).

b) Lebensnachstellung, Verbrechen oder schwere vorsätzliche Vergehen, böswillige Verletzung der Unterhaltspflicht. Ihretwegen können Vater oder Mutter enterbt werden (§ 2334 Satz 1 und 2).

c) Ehebruch, Bigamie und widernatürliche Unzucht, Lebensnachstellung, bösliche Verlassung, schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten oder ehrloses bezw. unsittliches Verhalten. Sie berechtigen zur Enterbung des Ehegatten (§ 2335 Abs. I).

d) Todtschlag (und Mord) und Tödtungsversuch, Hintertreibung der Errichtung oder Aufhebung einer letztwilligen Verfügung durch vorsätzliche und widerrechtliche Verhinderung oder durch arglistige Täuschung oder widerrechtliche Bedrohung des Erblassers sowie Urkundsdelikte betreffs der letztwilligen Verfügung. Sie berechtigen zur Anfechtung einer Erbeinsetzung, eines Vermächtnisses oder eines Pflichttheilsanspruchs (§ 2339 Abs. I Nr. 1—4, § 2345 Abs. I Satz 1 und Abs. II).

2. Während die sub 1 c und d angegebenen Missethaten von den dort mitgetheilten Folgen nur begleitet sind, wenn sie sich gegen den Erblasser selber richten, treten die sub 1 a und b genannten Folgen unter Umständen auch dann ein, wenn die unmittelbar verletzte Person nicht der enterbungsberechtigte Erblasser oder ausstattungspflichtige Elterntheil selber, sondern eine andere diesem nahestehende Person ist. Es kommt nämlich neben dem Erblasser bezw. Ausstattungspflichtigen selber in Betracht:

---

[172]) Vergl. insbesondere oben § 8 sub II 1 b, 2 d, 3 a, b und d, § 10 sub III 1 a δ, § 11 sub II, § 12 sub A I 1 d, § 13 sub I und auch unten § 15 sub A III 1 a und c.

a) dessen Ehegatte oder anderer Abkömmling[173]) bei der Lebensnachstellung (§ 2333 Nr. 1, § 2334, § 1621 Abs. II);

b) dessen Ehegatte bei Verbrechen oder schwerem vorsätzlichem Vergehen (§ 2333 Nr. 3, § 2334, § 1621 Abs. II);

c) dessen Ehegatte bei körperlicher Mißhandlung: jedoch nur, wenn es sich um Verweigerung der Ausstattung für die Tochter oder um Enterbung des Descendenten durch den Ascendenten, nicht wenn es sich um Enterbung der Eltern durch das Kind handelt,[174]) und ferner nicht, wenn der Uebelthäter mit der von ihm mißhandelten Person nur in stiefverwandtschaftlicher Beziehung steht (§ 2333 Nr. 2).

§ 15.

Tadelnswerthes Verhalten.

A. Unter dieser dem B. G.B. selber freilich fremden Gesammtbezeichnung können wir die Thatsachen des gefährdenden, verletzenden, ehrlosen, unsittlichen, gesetzwidrigen und vertragswidrigen Verhaltens zusammenfassen. Auch diese Thatsachen sind geeignet, dem Thäter Rechtsnachtheile zu bringen.

I. „Gefährdendes Verhalten" (vergl. auch unten sub IV zu B. G.B. § 43 Abs. I und sub V 2a zu B. G.B. § 553):

1. Gefährdendes Verhalten des Ehemannes giebt der Ehefrau zunächst einen Anspruch auf Sicherheitsleistung (§ 1391 Abs. I und II), fernerhin aber auch das Recht, die ihr auf Grund der Verwaltung und Nutznießung des Ehemannes zustehenden Ansprüche schon vor Beendigung dieser Verwaltungs- und Nutznießungsbefugnisse geltend zu machen (§ 1394 Satz 1) und auf Aufhebung dieser Befugnisse zu klagen (§ 1418 Abs. I Nr. 1) und somit Gütertrennung herbeizuführen (§ 1426 Abs. I). -- Unter denselben bezw. ähnlichen Voraussetzungen können die vertragsmäßig eingeführten Systeme der allgemeinen Gütergemeinschaft (§ 1468, insbes. Nr. 1, 3, 4 und 5), der Errungenschaftsgemeinschaft (§ 1542 Abs. I) und der Fahrnißgemeinschaft (§ 1549) im Klagewege aufgehoben werden.

2. Gefährdendes Verhalten des Nießbrauchers giebt dem Eigenthümer einen Anspruch auf Sicherheitsleistung, sofern die Be-

[173]) Also bei Enterbung der Eltern durch das Kind — § 2334 — des letzteren Ehegatte bezw. Kind oder Großkind.

[174]) Denn § 2334 verweist nicht auf Nr. 2 des § 2333.

sorgniß begründet ist, daß das Verhalten des Nießbrauchers eine erhebliche Verletzung der Rechte des Eigenthümers herbeiführen kann (§ 1051).

II. Verletzendes Verhalten.

1. Setzt der Nießbraucher bezw. Pfandgläubiger unerachtet einer Abmahnung durch den Eigenthümer bezw. Verpfänder das „verletzende Verhalten“, durch welches er die Rechte des Anderen in erheblichem Maße „verletzt“, fort, so berechtigt dieser Umstand:

a) den Eigenthümer zu dem Anspruche, daß die Ausübung des Nießbrauchs für Rechnung des Nießbrauchers einem vom Gericht zu bestellenden Verwalter übertragen wird[175]) (§ 1054, § 1052 Abs. I Satz 1);

b) den Verpfänder zu dem Anspruche, daß das Pfand auf Kosten des Pfandgläubigers hinterlegt bezw. einem gerichtlich zu bestellenden Verwahrer abgeliefert wird (§ 1217 Abs. I).

2. Wird durch das Verhalten des Vorerben die Besorgniß einer erheblichen Verletzung der Rechte des Nacherben begründet, so kann der Nacherbe Sicherheitsleistung verlangen[176]) (§ 2128 Abs. I) und auch nach rechtskräftiger Verurtheilung des Vorerben zur Sicherheitsleistung in der sub 1a geschilderten Weise Anordnung einer Zwangsverwaltung durchsetzen (§ 2128 Abs. II, § 1052).

III. Ehrloses oder unsittliches Verhalten.

1. Dieses Verhalten bildet:

a) einen Ehescheidungsgrund, wenn es eine so tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses herbeiführt, daß dem anderen Ehegatten die Fortsetzung der Ehe nicht zugemuthet werden kann (§ 1568);

b) einen Grund zu Maßregeln des Vormundschaftsgerichts, wenn der Vater bezw. die Mutter, welche die elterliche Gewalt ausüben, durch ehrloses oder unsittliches Verhalten das geistige oder leibliche Wohl des Kindes gefährden (§ 1666 Abs. I Satz 1, § 1686);

c) als „ehrloser oder unsittlicher Lebenswandel“, der wider den Willen des Erblassers geführt wird, einen Grund zur Enterbung der

---

[175]) Dieser Anordnung muß der erfolglose Ablauf einer Frist vorangegangen sein, welche das Gericht dem Nießbraucher auf Antrag des Eigenthümers zur Sicherheitsleistung gestellt hat (§ 1052 Abs. I Satz 2).

[176]) Falls nicht der Erblasser den Vorerben von dieser Verpflichtung befreit hat (§ 2136).

Abkömmlinge[177]) und zur Verweigerung einer Ausstattung für die Tochter[178]) (§ 2333 Nr. 5 und § 1621).

2. Diesem unsittlichen Verhalten nahe verwandt dürfte das „sittliche Verschulden" sein, welches, wenn es zu Bedürftigkeit führt, weiterhin zur Beschränkung der Unterhaltspflicht der Verwandten auf den nothdürftigen Unterhalt führt (§ 1611 Abs. I; vergl. § 1580 Abs. III und bereits oben § 2 sub IX).

3. Unsittliches Verhalten und sittliches Verschulden sind offenbar nicht identisch mit dem § 9 sub III erörterten „Verstoß gegen die guten Sitten"; denn dieser wird rein objektiv zu beurtheilen sein, jenes Betragen dagegen ein subjektives Schuldmoment voraussetzen.

IV. Gesetzwidriges Verhalten des Vorstandes eines eingetragenen Vereins, wodurch das Gemeinwohl gefährdet wird, kann ebenso wie ein gesetzwidriger Beschluß der Mitgliederversammlung zur Entziehung der Rechtsfähigkeit des Vereins führen (§ 43 Abs. I). Dies „Gesetzwidrige Verhalten" wird sich im Allgemeinen identifiziren lassen mit den in § 9 sub I u. II erörterten Verstößen gegen Gesetze. Ein Unterschied besteht jedoch insofern, als dort nur von gesetzlichen Verboten im Besonderen die Rede ist, während das gesetzwidrige Verhalten natürlich auch Verstöße gegen gesetzliche Gebote[179]) umfaßt; z. B. Verstöße gegen das Gebot der Anmeldung eines eingetragenen Vereins — bezw. der Veränderungen in seinem Vorstande und anderer Thatsachen — beim zuständigen Amtsgerichte (vergl. B.G.B. §§ 59 Abs. I, 67 Abs. I),[180]) so daß also der Begriff „Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot" den Begriff „gesetzwidriges Verhalten" nicht völlig erschöpft.

[177]) Nicht auch (vergl. § 2334) der Eltern.

[178]) Dauernde Abwendung von diesem Lebenswandel macht nach § 2336 IV die Entziehung des Pflichttheils unwirksam. Von der Verweigerung der Ausstattung gilt dies nicht, da es hier ja auf das Verhalten der Tochter zur Zeit ihrer Verheirathung ankommt, also in einem bestimmten kürzeren Zeitraum, so daß ein Wechsel des Betragens während eines längeren Zeitraumes (wie zwischen Testementserrichtung und Tod des Erblassers) nicht in Frage steht.

[179]) Vergl. unten sub V 3 Anm. 182.

[180]) Auch Gebote des Strafrechts können in Betracht kommen, um ein gesetzwidriges Verhalten zu begründen, z. B. die bekannte Anzeigepflicht betr. Hoch- und Landesverrath, Münzverbrechen, Mord, Raub, Menschenraub oder gemeingefährliche Verbrechen, welche Strafgesetzbuch § 139 statuirt und welche betreffs des Hoch- und Landesverrathes gerade auch in unserm Falle des B.G.B. § 43 Abs. I praktisch werden könnte.

V. Vertragswidriges Verhalten.

1. Das „vertragswidrige Verhalten“ interessirt zunächst beim Dienstvertrage[181]) als Kündigungsgrund für die Gegenpartei:

a) Gleichviel, welcher Partei es zur Last fällt, so hat, wenn das vertragswidrige Verhalten zur Aufkündigung des Vertrages seitens der Gegenpartei führt, der Kündigende dem Andern den durch Aufhebung des Dienstverhältnisses entstehenden Schaden zu ersetzen (§ 628 Abs. II).

b) Fällt es insbesondere dem zur Dienstleistung Verpflichteten zur Last, so hat dieser einen Anspruch auf einen seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Theil der Vergütung nur, wenn diese Leistungen troß der Kündigung für den Dienstberechtigten ein Interesse haben (§ 628 Abs. I Satz 2).

2. An das vertragswidrige Verhalten schließt sich eng an der „vertragswidrige Gebrauch“ des Vertragsgegenstandes. Dieser wird (als Gegensatz zu dem vertragsmäßigen Gebrauche, der in §§ 536, 537 Abs. I, 541, 602, 603 Satz 1 begegnet) bei der Miethe und Pacht sowie bei der Leihe erwähnt:

a) Bei der Miethe bezw. Pacht führt er, wenn er unerachtet einer Abmahnung seitens der Gegenpartei vom Miether bezw. Pächter fortgesetzt wird (vergl. oben sub II 1) zur Klage des Vermiethers bezw. Verpächters auf Unterlassung (§ 550, § 581 Abs. II) und, sofern er die Rechte des Vermiethers bezw. Verpächters in erheblichem Maße verletzt, übrigens auch als vertragswidriger Gebrauch der Sache durch den Untermiether oder -pächter zu einem von Einhaltung der Kündigungsfrist unabhängigen Kündigungsrechte des Vermiethers bezw. Verpächters (§§ 553, 581 Abs. II). Wir haben es also hier mit einem Rechtsnachtheile zu thun, der auf Grund fremder Handlungsweise eintritt.

b) Bei der Leihe führt er zu einem Kündigungsrecht des Verleihers (§ 605 Nr. 2).

3. Hierher gehört auch, soweit Verstöße gegen die Parteiabreden bei einem vertragsmäßig zu Stande gekommenen Nießbrauch vorliegen, § 1053, der (bezüglich des Nießbrauchs überhaupt) sagt:

---

[181]) Nicht auch (weil nämlich § 628 in Einf.G. z. B. G.B. Art. 95 Abs. II unerwähnt bleibt) beim Gesindevertrage, wo vielmehr auch über obige Frage das Partikularrecht entscheidet.

„Macht der Nießbraucher einen Gebrauch von der Sache, zu dem er nicht befugt ist,[182]) und setzt er den Gebrauch unerachtet einer Abmahnung des Eigenthümers fort, so kann der Eigenthümer auf Unterlassung klagen".

B. In den oben sub A aufgezählten Fällen handelt es sich durchweg zwar um ein objektiv fehlerhaftes und tadelnwerthes Benehmen, daß aber auch nach subjektiver Richtung ein Vorwurf Platz greife, ist nicht nothwendig. Ein „Verschulden" im Sinne sowohl objektiv wie subjektiv schuldhaften Benehmens werden wir daher hier nicht konstatiren können. Freilich wird in den Fällen sub III sich zumeist auch nach subjektiver Richtung ein Vorwurf begründen lassen[183]) und desgleichen in den Fällen sub II 1 und V 3, weil hier zum Thatbestande eine vorangehende aber fruchtlose Abmahnung durch den Eigenthümer (oben sub II 1a und V 3) bezw. (oben sub II 1b) durch den Verpfänder gehört, die doch zumeist den Nießbraucher bezw. Pfandgläubiger in einen Zustand der mala fides versetzen wird.

§ 16.

Ordnungswidrige Handlungsweise.

Nahe verwandt dem „verletzenden, gesetzwidrigen und vertragswidrigen Verhalten", das wir in § 15 kennen lernten, ist „ordnungswidrige" Handlungsweise; diese begegnet an zwei Stellen des B. G.B. als Grund gewisser Folgen, welche mit „ordnungswidrigem Fruchtbezug" verbunden sind, indirekt aber in einer ganzen Reihe weiterer Stellen, welche von ordnungsmäßiger Handlungsweise sprechen und sich darum am ehesten mit denjenigen Stellen in Parallele bringen lassen, welche die „erforderliche Sorgfalt" zum Maßstabe des Verhaltens machen (oben § 5 III).

A. Ordnungswidriger Fruchtbezug interessirt bezüglich des Nießbrauchers und des Vorerben nach §§ 1039 Abs. I und 2133. Ordnungswidrig ist danach derjenige Fruchtbezug, welcher „den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirthschaft zuwider" ist. Auch diese ordnungs-

[182]) Weder durch die gesetzlichen Vorschriften noch durch die ausdrücklichen Abreden über den Nießbrauch.

[183]) Man denke jedoch an den Fall, daß die Tochter eines Proletariers sich der Schande preisgeben muß, weil sie in ein verrufenes Haus verschleppt und von dort nicht herausgelassen wird.

widrig (und ebenso die auf Grund eines besonderen Ereignisses im Uebermaße) gezogenen Früchte gehen zwar ins Eigenthum des Nießbrauchers und Vorerben über, doch darf der Eigenthümer des Nießbrauchsobjektes bezw. der Nacherbe Wertherſatz dafür beanspruchen, es sei denn, daß eine Verwendung dieses Werthbetrages zur Wiederherstellung der Sache unterbleibt und daß durch den ordnungswidrigen (bezw. übermäßigen) Fruchtgenuß die dem Nießbraucher oder Vorerben selber gebührenden Nutzungen beeinträchtigt werden.

B. Ordnungsmäßiges Verhalten erscheint in folgenden Einzelgestalten:

I. „Ordnungsmäßige Ausübung" des Nießbrauches (§ 1050) (und der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit eines Wohnrechts, § 1093 Abs. I Satz 2) sowie „ordnungsmäßige Benutzung" von Erbschaftssachen (§ 2132) gewähren insofern eine bevorzugte Lage, als die durch sie herbeigeführten Veränderungen oder Verschlechterungen der betreffenden Gegenstände dem Nießbraucher und dem Vorerben nicht zur Last fallen, wie dies bei den durch „vertragsmäßigen" Gebrauch herbeigeführten Veränderungen oder Verschlechterungen ja auch zu Gunsten des Miethers (§ 548) und Pächters (§ 581 Abs. II) der Fall ist.

II. „Ordnungsmäßige Verwaltung des Nachlasses" ist die Pflicht des Testamentsvollstreckers (§ 2216 Abs. I), deren schuldhafte Verletzung ihn gegenüber dem Erben zu Schadensersatz verpflichtet (§ 2219 Abs. I; vergl. oben § 2 sub I 2k), und „ordnungsmäßige Verwaltung" der Erbschaft ist der Maßstab, nach welchem die Pflicht des Vorerben beurtheilt wird, bei Eintritt des Nacherbefalles die Erbschaft dem Nacherben herauszugeben (§ 2130 Abs. I Satz 1).

III. „Ordnungsmäßige Bewirthschaftung" bezw. „ordnungsmäßige Wirthschaft" — beide Ausdrücke werden im B. G.B. promiscue und gleichbedeutend angewendet[184]) — bilden nach einer großen Zahl von Gesetzesvorschriften den Maßstab für gewisse Rückgabe- und Ersatzpflichten, welche sich bei landwirthschaftlichen

[184]) Im Allgemeinen begegnet der Ausdruck „Wirthschaft", der Ausdruck „Bewirthschaftung" nur in § 591 Satz 1, der aber auch in § 1055 Abs. II citirt wird.

Grundstücken[185]) und[186]) Landgütern im Falle Beendigung eines Nutzungsrechts von längerer Dauer ergeben. Nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Wirthschaft beantworten sich nämlich folgende Fragen:

1. Die Rückgabe des benutzten Grundstücks und zwar:

a) des landwirthschaftlichen Grundstücks für dessen Pächter (§ 591 Satz 1);

b) des landwirthschaftlichen Grundstücks und des Landgutes für den Nießbraucher (§ 1055 Abs. II in Verbindung mit § 591 Satz 1).

2. Die Pflicht zum Ersatze des Kostenaufwandes für noch ungetrennte Früchte eines landwirthschaftlichen Grundstückes bezw. eines Landgutes, wenn diese zufolge vorschneller Beendigung des Rechtsverhältnisses dem Nutzungsberechtigten nicht mehr anheimfallen, der sie ohne jene vorschnelle Beendigung des Rechtsverhältnisses nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirthschaft zu seinen Gunsten hätte abtrennen dürfen. Diesen Ersatz des Kostenaufwandes kann beanspruchen:

a) bezüglich eines landwirthschaftlichen Grundstücks der Pächter, wenn die Pacht im Laufe des Pachtjahres endigt (§ 592);

b) bezüglich eines landwirthschaftlichen Grundstücks und[187]) eines Landgutes:

α) der Nießbraucher, wenn der Nießbrauch im Laufe desjenigen Jahres, für welches er bestellt ist, endigt (§ 1055 Abs. II);

---

[185]) Der Unterschied zwischen landwirthschaftlichen Grundstücken und Landgütern stammt schon aus der I. Lesung (vergl. dort § 539 ff. einerseits und § 547 andererseits und § 791 Ziff. 2), wird aber in den Motiven (vergl. Bd. II S. 429 ff. und Bd. III S. 67 sub 2) nicht genauer erklärt (ebensowenig bei Cosack, Endemann und Hellmann, Vorträge über das B.G.B., Freiburg, Leipzig und Tübingen 1897). Er geht (vergl. Planck S. 136 Anm. 3, Riebel, Das B.G.B. in Vergleichung mit dem preußischen Recht, Berlin 1896, 1897, S. 260, Heilfron, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Abth. I, Berlin 1897, S. 297 Anm. 1) dahin, daß landwirthschaftliche Grundstücke die der Fruchtziehung gewidmeten Einzelgelände (Aecker, Wiesen u. s. w.) sind, Landgüter dagegen die der Landwirthschaft (Fruchtziehung), der Viehzucht und den landwirthschaftlichen Nebengewerben, wie Brennereien, Ziegeleien u. s. w. gewidmeten, auf dem Lande gelegenen, geschlossenen, nicht jedoch nothwendig herrschaftlichen Komplexe. Vergl. meine Vorträge § 42.

[186]) Landwirthschaftliche Grundstücke allein interessiren betreffs des Wirthschaftsbetriebes eines Pächters (unten sub 1a und 2a), landwirthschaftliche Grundstücke und Landgüter betreffs des Wirthschaftsbetriebes der übrigen (unten sub 1b und 2b erwähnten) Personen.

[187]) Weil sowohl für Herausgabe eines landwirthschaftlichen Grundstücks wie für Herausgabe eines Landgutes auf B.G.B. § 592 verwiesen wird.

β) der Ehemann bezw. dessen Erben bei obwaltendem gesetzlichem Güterrecht, bei Errungenschaftsgemeinschaft und bei Fahrnißgemeinschaft, wenn seine Verwaltungs- und Nießbrauchsbefugniß in Folge seines Todes, seines Konkurses oder der Klage seiner Ehefrau beendigt wird (§ 1421 Satz 2, §§ 1546 Abs. III, 1549);

γ) der Vater bezw. die Mutter, wenn die Nutznießung, welche ihnen auf Grund der elterlichen Gewalt am Kindesvermögen zusteht, durch Verheirathung des Kindes oder andere gesetzliche Gründe beendigt wird (§ 1663 Abs. II);

δ) der Vorerbe, wenn der Fall der Nacherbfolge eintritt (§ 2130 Abs. I Satz 2).

IV. Alle übrigen Gesetzesvorschriften, in welchen von ordnungsmäßiger Fürsorge für fremde Güter bezw. (vergl. sub 5 und 6) auch für das persönliche Wohlergehen der Schutzbefohlenen die Rede ist, interessiren zwar nicht direkt für die Frage des Verschuldens im Speziellen oder auch nur für die Rückgabe- und Ersatzpflichten, sind aber insofern von indirektem Interesse und darum der Erwähnung auch an dieser Stelle werth, als auch sie ergeben, daß das B. G.B. mit Vorliebe das ordnungsmäßige Verhalten als Gradmesser der Pflichterfüllung ins Auge faßt. Im Einzelnen begegnen uns in diesen Stellen:

1. Die ordnungsmäßige Wirthschaft[188]) (vergl. oben sub III) des Pächters (§§ 586 Abs. II Satz 2, 588 Abs. I Satz 2 und Abs. II Satz 1, 589 Abs. II), des Nießbrauchers (§§ 1043, 1045 Abs. I Satz 1, 1046 Abs. II Satz 1, 1048 Abs. I Satz 1 und 2), des Eigenthümers eines hypothekarisch verhafteten Grundstücks (§ 1122 Abs. I) und des Vorerben (§ 2119).

2. Die ordnungsmäßige Verwaltung (vergl. oben sub II) eines Vermögens[189]) durch den Nießbraucher (§§ 1078 Abs. II Satz 2, 1088 Abs. I Satz 2), durch den Ehemann (§§ 1374 Satz 1, 1377 Abs. I und Abs. III Satz 2, 1430 Satz 1, 1447 Abs. I, 1472 Abs. II), durch den Inhaber der elterlichen Gewalt (§§ 1619 Abs. I

---

[188]) Vergl. auch B. G.B. § 102.

[189]) „Ordnungsmäßige Vermögensverwaltung" begegnet betreffs Einziehung einer Forderung, an welcher ein Nießbrauch bezw. ein Pfandrecht besteht, in §§ 1078 Satz 2 und 1286 Satz 1, „ordnungsmäßige Einziehung" einer Forderung durch deren Nießbraucher bezw. Pfandgläubiger in §§ 1074 Satz 2 und 1285 Abs. II Satz 1.

Satz 1, 1653 Satz 2, 1656 Abs. I, 1686), durch den Miterben (ordnungsmäßige Verwaltung des Nachlasses), Vorerben oder Testamentsvollstrecker (§§ 2038 Abs. I Satz 2, 2120 Satz 1, 2206 Abs. I Satz 1).

3. Die ordnungsmäßige Verwaltung und Nutznießung des eingebrachten Gutes der Ehefrau durch den Ehemann (§ 1418 Abs. I Nr. 2 Satz 2).

4. Die ordnungsmäßige Geschäftsführung des Gesellschafters und des Testamentsvollstreckers (§§ 712 Abs. I und 2227 Abs. I).

5. Die ordnungsmäßige Führung der Vormundschaft durch den Vormund (§ 1786 Abs. I Nr. 4).

6. Die ordnungsmäßige Besorgung der persönlichen Angelegenheiten der Ehefrau durch den Ehemann (§§ 1402, 1451).

C. Ein subjektives Verschulden dürfte auch in den Fällen sub A und B nicht unbedingt vorliegen müssen; vergl. oben § 15 sub B.

§ 17.

Die Pflichtverletzung.

Sehr oft ist im B.G.B. die Rede von Pflichtverletzung, bezw. Pflichtwidrigkeiten und zwar einerseits theils mit (I), theils ohne (III) Angabe des Grades der Pflichtverletzung, andererseits theils mit (II) theils ohne (III) besonderer Bezeichnung der Art der verletzten Pflicht selber.

I. Die verschiedenen Grade der Pflichtverletzungen sind:

1. Vorsätzliche und grobfahrlässige Pflichtverletzung. Wie oben § 3 sub B I 3a und b bemerkt wurde, greift, wenn ein Gesellschafter „eine ihm nach dem Gesellschaftsvertrag obliegende wesentliche Verpflichtung vorsätzlich oder aus grober Fahrlässigkeit verletzt", für die anderen Gesellschafter das Recht zu sofortiger Aufkündigung der Gesellschaft bezw. zum Ausschlusse des pflichtvergessenen Gesellschafters Platz (§ 723 Abs. I Satz 2 und § 737 Satz 1).

2. Vorsätzliche und fahrlässige Pflichtverletzung: „Verletzt ein Beamter vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht", so hat er, wie gleichfalls bereits (oben § 3 sub B II 2b) bemerkt wurde, dem Dritten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen (§ 839 Abs. I Satz 1), eine Rechtsfolge, die insbesondere auch vorgesehen ist, wenn der Vormundschaftsrichter oder ein Mitglied des Familienrathes „vorsätzlich oder fahrlässig

die ihm obliegenden Pflichten verletzt" (§§ 1674 und 1848, sowie § 1872 II Satz 2).[190])

3. Grobe Pflichtverletzung. Sie bildet „insbesondere" einen der „wichtigen Gründe",[191]) aus denen einem Gesellschafter die ihm durch den Gesellschaftsvertrag übertragene Befugniß zur Geschäftsführung entzogen bezw. der Testamentsvollstrecker auf Antrag eines der Betheiligten vom Nachlaßgerichte entlassen werden kann (§ 712 Abs. I u. § 2227 Abs. 1).

4. Böswillige Pflichtverletzung. Wenn der Abkömmling bezw. eins der Eltern „die ihm dem Erblasser gegenüber gesetzlich obliegende Unterhaltspflicht böswillig verletzt", so kann ihm seitens des Erblassers der Pflichttheil, der Tochter auch seitens der Eltern die Ausstattung entzogen werden (§ 2333 Nr. 4 und § 2334 Satz 1, § 1621 Abs. II; vergl. oben § 14 sub II 1 b).

5. Schwere Pflichtverletzung. Wenn ein Ehegatte, durch schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten" eine so tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses verschuldet hat, daß die Fortsetzung der Ehe dem anderen Theile nicht zugemuthet werden kann, so ist dieser zur Scheidungsklage berechtigt (§ 1568 Satz 1). „Als schwere Verletzung der Pflichten gilt auch grobe Mißhandlung" (§ 1568 Satz 2). Ueber die weiteren Folgen dieser Pflichtverletzung und insbesondere auch über die Befugniß des anderen Ehegatten, den Pflichtwidrigen zu enterben (§ 2335 Abs. I), vergl. oben § 11 sub II 2.

6. Kriminell rügbare Pflichtverletzungen kommen nach § 839 Abs. II Satz 1 in Betracht. „Verletzt" nämlich „ein Beamter bei dem Urtheil in einer Rechtssache seine Amtspflicht, so ist er für den daraus entstehenden Schaden nur dann verantwortlich, wenn die Pflichtverletzung mit einer im Wege des gerichtlichen Strafverfahrens zu verhängenden öffentlichen Strafe bedroht ist". „Auf eine pflichtwidrige Verweigerung oder Verzögerung der Ausübung des Amtes findet diese Vorschrift keine Anwendung" (§ 839 Abs. II Satz 2; vergl. hierzu und über die Unanwendbarkeit dieser Vorschriften auf den Vormundschaftsrichter oben § 3 sub B II 2b).

II. Verschiedene Arten und Kategorien von Pflichten, welche das B.G.B. ausdrücklich hervorhebt, sind:

[190]) Vergl. dazu oben § 3 sub B II 2b.

[191]) Ueber die große Bedeutung „wichtiger (und „besonderer") Gründe" im B.G.B. vergl. meine Vorträge § 8 S. 68f.

1. Die „Amtspflicht" (§ 839 Abs. I Satz 1 und Abs. II Satz 1, 841, §§ 1674, 1848; vergl. oben sub I 2 und 6). Nach § 841 im Besonderen kann sich diese Amtspflicht dahin äußern, daß der Beamte einen Geschäftsführer für einen Dritten zu bestellen oder eine derartige Geschäftsführung zu beaufsichtigen oder durch Genehmigung von Rechtsgeschäften bei ihr mitzuwirken hat.[192])

2. Die „Unterhaltspflicht" (§ 2333 Nr. 4, § 2334 Satz 1, § 1418 Abs. I Nr. 1 Satz 2; vergl. oben sub I 4 und unten sub III 2bα und β).

3. Die „Berufspflicht" zufolge Einf.G. z. B.G.B. Art. 79, welcher die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt läßt, „nach welchen die zur amtlichen Feststellung des Werthes von Grundstücken bestellten Sachverständigen für den aus einer Verletzung ihrer Berufspflicht entstandenen Schaden in weiterem Umfange als nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche haften".

4. Die „Aufsichtspflicht" des Gegenvormundes oder Mitvormundes[193]), deren Verletzung sie neben dem Vormunde „für den von diesem verursachten Schaden verantwortlich" macht (§ 1833 Abs. II Satz 2) und die Aufsichtspflicht über einen Minderjährigen oder sonst der Aufsicht Bedürftigen (§ 832 Abs. I Satz 2 u. II, § 840 II).[194])

III. „Pflichtverletzungen" bezw. „Verletzungen der Verpflichtungen" oder „Nichterfüllung der Verpflichtungen" überhaupt (ohne nähere Angabe des Grades und ohne Charakterisirung der Kategorie) begegnen noch vielfach:

1. Von „Pflichtverletzung" ist in § 1833 Abs. I (§ 1897) die Rede bezüglich des Vormundes und Gegenvormundes, die „dem Mündel für den aus einer Pflichtverletzung entstehenden Schaden verantwortlich" sind, wenn ihnen „ein Verschulden zur Last fällt" (vergl. daher oben

[192]) Beispiele ergiebt namentlich des Vormundschaftsrecht. — Die wichtige Folge, welche § 841 normirt, bezieht sich auf das Verhältniß der Beamten zu dem Geschäftsführer und geht dahin, daß unter ihnen der Geschäftsführer allein als ersatzpflichtig gilt, wenn sie Beide dem Dritten für einen vom Geschäftsführer verursachten Schaden haften.

[193]) Der Beistand der Mutter kommt trotz § 1694 Abs. I hier wohl nicht in Betracht; wenigstens ist es bedenklich, die Analogie des § 1833 Abs. II Satz 2 auf eine Haftung des Beistandes neben der (nach §§ 1664, 1686 für diligentia quam suis haftbaren) Mutter auszudehnen.

[194]) Vergl. auch wegen § 841 oben sub 1.

§ 2 sub I 2i); diese Vorschrift greift auch auf den Pfleger und Beistand der Mutter Platz (§ 1915 Abs. I, § 1694 Abs. I).

2. Daß Jemand „seine Verpflichtungen verletzt“ bezw. „nicht erfüllt“, hat nachstehende Folgen:

a) Gleichfalls (wie sub 1) die Haftung für den Schaden:

α) Beim Dienstvertrage. Hier finden nämlich die Grundsätze über den Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen (oben § 7) Anwendung, sofern der Dienstberechtigte die ihm in Ansehung des Lebens und der Gesundheit des Dienstpflichtigen obliegenden Verpflichtungen nicht erfüllt (§ 618 Abs. III; vergl. oben § 7 sub V 3).

β) Im Gebiete des testamentarischen Erbrechts. „Verletzt“ nämlich „der Testamentsvollstrecker die ihm obliegenden Verpflichtungen, so ist er für den daraus entstehenden Schaden dem Erben und, soweit ein Vermächtniß zu vollziehen ist, auch dem Vermächtnißnehmer verantwortlich“, aber nur, „wenn ihm ein Verschulden zur Last fällt“. (§ 2219 Abs. I; vergl. oben § 2 sub II 2k).

b) Ein Klagerecht auf Aufhebung des bisherigen Zustandes. Es ist dies wegen Verletzung der Alimentationspflicht und gleichzeitiger erheblicher Gefährdung des Unterhalts für die Zukunft der Fall im Gebiete des ehelichen Güterrechts und zwar bei allen Systemen des Güterstandes, die das B. G.B. kennt, bei den einzelnen Systemen jedoch mit verschiedener Gestaltung des petitum:

α) Beim gesetzlichen Güterrecht hat die Ehefrau ein Klagerecht auf Aufhebung der Verwaltung und Nutznießung des Ehemannes wegen Verletzung der gegenüber der Ehefrau und den gemeinschaftlichen Abkömmlingen vorliegenden Unterhaltspflicht [195]) des Ehemannes (§ 1418 Abs. I Nr. 1 Satz 1; vergl. oben sub II 2). Nach erfolgreich durchgeführtem Prozesse und mit Rechtskraft des Urtheils erlischt die Verwaltungs- und Nutzungsbefugniß des Ehemannes und er muß das eingebrachte Gut der Frau herausgeben, als ob der Anspruch auf Herausgabe schon mit der Klageerhebung rechtshängig geworden wäre (§ 1418 Abs. II §§ 1421 Satz 1, 1422).

---

[195]) Dazu sagt § 1418 a. a. O. Satz 2: „Eine Verletzung der Unterhaltspflicht liegt schon dann vor, wenn der Frau und den gemeinschaftlichen Abkömmlingen nicht mindestens der Unterhalt gewährt wird, welcher ihnen bei ordnungsmäßiger Verwaltung und Nutznießung des eingebrachten Gutes zukommen würde.“

β) Beim vertragsmäßigen Güterrecht (allgemeine Gütergemeinschaft einschließlich ihrer Fortsetzung mit den Abkömmlingen, Errungenschaftsgemeinschaft und Fahrnißgemeinschaft)) hat die Ehefrau (bezw. bei fortgesetzter Gütergemeinschaft jeder antheilsberechtigte Abkömmling) ein Klagerecht auf Aufhebung des Gemeinschaftsverhältnisses (§§ 1468 Nr. 3, 1542 Abs. I, 1549, 1495 Nr. 3). Die Klage stützt sich auch hier auf Verletzung der Unterhaltspflicht.[196]) Die Folge des rechtskräftigen Urtheils ist Aufhebung der Gütergemeinschaft (und, soweit es sich nicht um fortgesetzte Gütergemeinschaft handelt, §§ 1496 ff., Eintritt des Systems der Gütertrennung, § 1470 Abs. I, § 1542 Abs. II, §§ 1545 Abs. I, 1549) nebst Auseinandersetzung in Ansehung des Gesammtgutes, §§ 1471 Abs. I, 1497 Abs. I, 1546 Abs. I, 1549), welche auf Verlangen des klägerischen Theiles so zu erfolgen hat, als ob der Anspruch auf Auseinandersetzung schon mit der Erhebung der Klage rechtshängig geworden wäre (§ 1479, §§ 1498 Satz 1, 1546 Abs. II, 1549).

c) Gerichtliche Schutzmaßregeln. Im Gebiete des Eltern- und Kindesrechts hat das Vormundschaftsgericht die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßregeln zu treffen, wenn der Vater bezw. die Mutter „die mit der Vermögensverwaltung oder die mit der Nutznießung verbundenen Pflichten verletzt“ (§§ 1667 Abs. I, 1686). Im Besonderen bestimmt dann das B. G.B. (§ 1670 Satz 1) betreffs der Verpflichtung des Gewalthabers, beim Tode des anderen Elterntheils, bei späterem Anfall von Vermögen an das Kind und bei beabsichtigter Wiederverehelichung des Gewalthabers ein Verzeichniß des Kindesvermögens einzureichen (§§ 1640, 1669), daß, wenn der Gewalthaber diese Verpflichtungen nicht erfüllt, das Vormundschaftsgericht ihm die Vermögensverwaltung gänzlich entziehen kann. Diese Befugniß hat das Vormundschaftsgericht allerdings auch dann, wenn der Gewalthaber es unterläßt, den Anordnungen des Vormundschaftsgerichtes und so auch der von diesem angeordneten Einreichung eines Vermögensverzeichnisses oder Sicherheitsleistung nachzukommen (§ 1670 a. A. in Verbindung mit § 1667 Abs. II und 1668); jedoch interessirt dieser Fall für unsere Frage nicht, denn es handelt sich hier nicht um die Rechtsfolgen der Verletzung einer generellen gesetzlichen Pflicht, sondern nur um die Mißachtung spezieller richterlicher Anordnungen.

[196]) Die in der vorigen Anmerkung mitgetheilte Gesetzesvorschrift greift aber hier natürlich nicht Platz.

3. „Pflichtwidrigkeiten“ endlich finden im Gebiete des Vormundschaftsrechts Erwähnung. Der Gegenvormund, der darauf zu achten hat, daß der Vormund die Vormundschaft „pflichtgemäß“ führt, hat dem Vormundschaftsgerichte etwaige „Pflichtwidrigkeiten des Vormundes unverzüglich anzuzeigen“ (§ 1799 Abs. I Satz 2) und dieses „hat gegen Pflichtwidrigkeiten durch geeignete Gebote und Verbote einzuschreiten“ (§ 1837 Abs. I).

IV. Allgemeine Grundsätze lassen sich aus den sub I bis III aufgezählten Einzelvorschriften in folgender Richtung abstrahiren.

1. Was die Folgen der Pflichtverletzungen betrifft:

a) Eine Schadensersatzpflicht zieht die Pflichtverletzung nach sich:

α) wenn sie zugleich ein „Verschulden“ involvirt, beim Vormunde, Gegenvormunde, Beistande der Mutter und Pfleger sowie beim Testamentsvollstrecker (oben sub III, 1 und III 2aβ);

β) wenn sie auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit beruht, beim Beamten (oben sub I 2);

γ) ohne daß diese Nothwendigkeit gleichzeitigen Verschuldens, Vorsatzes oder fahrlässigen Handelns besonders hervorgehoben wird, indem sich aber aus dem Zusammenhange diese Voraussetzung entnehmen läßt: beim Gegen- und Mitvormunde (oben sub II 4) und bei kriminell rügbarer Pflichtverletzung (oben sub I 6);

δ) indem die Nothwendigkeit gleichzeitigen Verschuldens von den einschlägigen Bestimmungen des Titels über „unerlaubte Handlungen“ abhängt: bei Pflichtverletzungen des Dienstberechtigten (oben sub III 2aα); und indem diese Nothwendigkeit von den Bestimmungen des Partikularrechts abhängt: bei den zu amtlichen Grundstückstaxen bestellten Sachverständigen (oben sub II 3).

b) Die übrigen Konsequenzen der Pflichtverletzungen sind sehr verschiedenartige, lassen sich aber in folgende Gruppen bringen:

α) die Pflichtverletzung kann die Beendigung eines bisherigen Rechtsverhältnisses herbeiführen, das auf Grund besonderen Vertrauens (vergl. unten sub α′—γ′) oder auf Grund besonders naher Beziehungen (unten sub ε′ und ζ′) geschaffen worden war und darum zugleich besonders starke Rechtfertigung dieses Vertrauens erheischte, zumal es leichten Zutritt zu fremdem Vermögen gewährt oder sogar geradezu die Verwaltung fremden Vermögens nach sich zog. Diese Beendigung des bisherigen Rechtsverhältnisses tritt ein:

α') bezüglich des Gesellschaftsvertrages (oben sub I 3);

β') bezüglich der Ehe (oben sub I 5);

γ') bezüglich des vertragsmäßig eingeführten ehelichen Güterstandes (oben sub III 2bβ);

δ') bezüglich der Testamentsvollstreckung (oben sub I 3);

ε') bezüglich der gesetzlichen Verwaltungs- und Nießbrauchsbefugnisse des Ehemannes (oben sub III 2bα);

ζ') bezüglich der Verwaltung des Kindesvermögens (oben sub III 2c), hier aber nur als eventuelle, äußerste Maßregel.

β) Die Pflichtverletzung kann zu Schutzmaßregeln der Aufsichtsbehörde führen. Dies ist der Fall bezüglich der Verwaltung des Kindes- und Mündelvermögens (oben sub III 2c und III 3).

γ) Die Pflichtverletzung kann zu einem Akte der Wiedervergeltung führen, insofern nämlich die Verletzung der gesetzlichen Unterhaltspflicht einen Grund bildet:

α') zur Enterbung von Descendenten, Eltern oder Ehegatten bezw. zur Verweigerung der Ausstattung (oben sub I 4 und sub I 5 a. E.);

β') zur Klage auf Aufhebung der Verwaltungs- und Nutznießungsbefugnisse des Ehemannes oder auf Aufhebung des bisherigen vertragsmäßigen Güterstandes (oben sub III 2bα und β).

2. Was die subjektive Seite anbetrifft, so ist bereits oben sub 1a angedeutet worden, daß in den dort sub α und β besprochenen Fällen das B. G.B. die Haftung für Pflichtwidrigkeit (die Schadensersatzpflicht) abhängig macht von gleichzeitigem Vorhandensein eines „Verschuldens", eines „Vorsatzes" oder einer „Fahrlässigkeit" bezw. daß sich in den Fällen sub γ ein Verschulden in den Wortlaut der Gesetzesstellen hineininterpretiren läßt. Desgleichen handeln andere Stellen von „vorsätzlicher und grobfahrlässiger" bezw. „vorsätzlicher und fahrlässiger Pflichtverletzung" (oben sub I 1 und 2) und von „böswilliger Pflichtverletzung" (oben sub I 4). Dagegen involvirt die „grobe Pflichtverletzung" (oben sub I 3) und die „schwere Pflichtverletzung" (oben sub I 5) nicht nothwendig ein schuldhaftes Bewußtsein des Thäters, und ebensowenig ist ein solches unbedingt vorhanden, wo das B. G.B. des Näheren auf die Lehre von den „unerlaubten Handlungen" und auf das Partikularrecht verweist (oben sub 1 aδ) oder wo das B. G.B. es an Andeutungen über die Art der Pflichtwidrigkeit und über das subjektive Moment gänzlich fehlen läßt (oben

sub III 2b, III 2c und III 3). Ist somit für die Annahme, daß alle Pflichtverletzungen ein subjektives Verschulden zur Voraussetzung haben, an sich schon wenig Raum, so wird diese Annahme selbst für solche Fälle, in denen die Rechtsfolge in einer Schadensersatzpflicht besteht, hinfällig, wenn man § 1833 Abs. I und § 2219 ins Auge faßt, die (vergl. oben sub III 1 und III 2aβ) betreffs des Vormundes, Gegenvormundes, Beistandes und Pflegers sowie betreffs des Testamentsvollstreckers diese Ersatzleistungspflicht ausdrücklich von obwaltendem Verschulden abhängig machen, also für andere Gesetzesstellen die Möglichkeit einer rein objektiven Ersatzleistungspflicht offen lassen, die selbst dann Platz greifen kann, wenn dem Thäter die Pflichtwidrigkeit nicht zum Bewußtsein kam oder kommen mußte.

(Schluß folgt.)

4.

Die stillschweigende Willenserklärung im Bürgerlichen Gesetzbuch.

Von **Dr. Fritze** in Kiel.

Die Lehre von den stillschweigenden Willenserklärungen gehört zu denjenigen Bestandtheilen der modernen privatrechtlichen Dogmatik, denen erst die gemeinrechtliche Doktrin, nur unsicher an zerstreute und ungenaue Aussprüche der römischen Quellen anknüpfend, ihre begriffliche Prägung und ihren Platz im System gegeben hat. Genau genommen freilich nur den letzteren; denn über den Begriff dessen, was man eine stillschweigende Erklärung im Gegensatze zur ausdrücklichen nannte, war noch bis vor kurzer Zeit so wenig Klarheit geschaffen, daß Zitelmann[1]) der Ansicht Ausdruck geben konnte, es stünden wenig Lehren so tief unter der Höhe der allgemeinen wissenschaftlichen Entwickelung des Civilrechts wie diese." Seitdem ist die Materie von Hartmann[2]) wesentlich gefördert worden, indem er zeigte, daß auf der Grundlage des gemeinen Rechts eine genaue Unterscheidung von ausdrücklichen und stillschweigenden Erklärungen überhaupt nicht erforderlich sei, und unter Zerstörung scholastischer Begriffe auf eine lebensvollere Auffassung der rechtlichen Thatbestände hindrängte, ohne das historische Verdienst verkennen zu wollen, das der gemeinrechtlichen Doktrin gegenüber dem starren Wortformalismus des alten römischen und deutschen Rechts entschieden gebührt.[3]) Weiter noch als Hartmann — wenigstens in der Form — geht Ehrlich,[4]) der die Existenz der stillschweigenden

---

[1]) Irrthum und Rechtsgeschäft S. 259.

[2]) Werk und Wille bei dem sog. stillschweigenden Konsens, Archiv f. d. civil. Pr. Bd. 72.

[3]) Werk und Wille S. 255.

[4]) Die stillschweigende Willenserklärung, Berlin 1893. S. besonders S. 286 ff. Vergl. auch Schloßmann, Vertrag S. 47–50.

Willenserklärung durchaus verneint und ihr, wo sie in Theorie und Praxis vorkommt, lediglich die Rolle einer Fiktion zuweist, mit deren Hülfe Konstruktionen und Entscheidungen, die sonst nicht in das übliche System hineinpassen würden, ihre Uebereinstimmung mit diesem zu begründen suchen. Man kann es darnach als das Ergebniß der wissenschaftlichen Entwicklung des gemeinen Rechts bezeichnen, daß die stillschweigende Erklärung ihren Beruf, die systematische Verkörperung der Lehre von der Entbehrlichkeit des Wortes im Rechtsverkehr zu bilden, erfüllt hatte und zum alten Eisen geworfen wurde, als das Prinzip, das sich in ihr ausdrückte, der Stütze durch sie nicht mehr bedurfte.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat sich, wie im Folgenden gezeigt werden soll, dieses Ergebniß der gemeinrechtlichen Lehre zwar vielleicht der Sache, jedenfalls aber nicht der Form nach zu eigen gemacht. Ein Einblick in die Auffassung des Gesetzes wird freilich, da es in seiner endgültigen Fassung zu der hier in Rede stehenden Frage nicht ausdrücklich Stellung nimmt, nur aus seiner Vorgeschichte gewonnen.

Daß der Begriff der stillschweigenden Willenserklärung als solcher ein dogmatisch verwerthbarer sei, ist für das B. G.B. einfach Voraussetzung, wenn es auch, um das gleich vorauszunehmen, dem Begriffe eine andere Bedeutung beimißt als das gemeine Recht. Die Frage nach der Verwerthbarkeit an sich wird denn auch von den Motiven zum I. Entwurf gar nicht gestellt. Nur auf Grund der angegebenen Voraussetzung ist es möglich, daß sie (Bd. I S. 153) den Satz von der generellen Zulässigkeit stillschweigender Willenserklärungen — hiernach stellen sie gleich die Frage — als „eine Regel von grundlegender Bedeutung" bezeichnen, und es entspricht dieser Anschauung, wenn der von den Willenserklärungen handelnde zweite Titel des vierten Abschnitts im ersten Buche eingeleitet wird durch die These des § 72: „Die Willenserklärung kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen". Trotz dieser allgemeinen Bestimmung hielt der Entwurf es für nothwendig, die Zulässigkeit stillschweigender Willenserklärungen — auf diese Frage soll auch hier zunächst eingegangen werden — an mehreren Stellen noch besonders hervorzuheben; andererseits schloß er sie da aus, wo er auf die Ausdrücklichkeit einer Erklärung besonderes Gewicht legen zu müssen glaubte.[5]) Im Uebrigen sanktionirte er häufig, ohne den Ausdruck

[5]) Vergl. die Motive Bd. I a. a. O.

„stillschweigende Erklärung" zu gebrauchen, die Wirksamkeit einer solchen mittelbar, indem er die Geltung seiner Vorschriften über die Wirkungen rechtsgeschäftlicher Erklärungen davon abhängig machte, ob ein entsprechender Wille der Erklärenden erhelle oder nicht erhelle, sich ergebe oder nicht ergebe, aus den Umständen hervorgehe oder nicht hervorgehe u. s. w.[6]) Eine Begriffsbestimmung der stillschweigenden Willenserklärungen zu geben, hielt der Entwurf nicht für die Aufgabe des Gesetzes; auch seien die bezüglich der Abgrenzung von den ausdrücklichen Erklärungen in der heutigen Wissenschaft bestehenden Meinungsverschiedenheiten nicht von solcher Tragweite, „daß ein besonderes Eingreifen im Interesse der Rechtssicherheit geboten wäre".[7])

Die Kritik des I. Entwurfs verwarf ziemlich einstimmig die Vorschrift des § 72, die sie als entbehrlich und werthlos bezeichnete;[8]) die allgemeine Meinung ging dahin, daß die Zulässigkeit stillschweigender Erklärungen auch ohne besondere Hervorhebung als selbstverständlich erscheine. Hinsichtlich der Frage, ob eine Begriffsbestimmung der stillschweigenden Erklärungen im Gesetzbuch nothwendig sei, waren die Ansichten getheilt; während von mehreren Seiten eine solche gewünscht wurde, hob man von anderer Seite hervor, „daß die Unterscheidung der beiden Arten von Willenserklärungen sich jeder sicheren Bestimmung entziehe".[9]) Daß das Gesetz überhaupt mit den Ausdrücken „stillschweigende und ausdrückliche Willenserklärung" operire, wurde, soweit ersichtlich, nur von einer Stimme gemißbilligt.[10])

Im II. Entwurf ist die Vorschrift des § 72 verschwunden. Man hielt, wie die Protokolle der Kommission für die zweite Lesung besagen, die dort aufgestellte Regel, „abgesehen von ihrem mehr lehrhaften Charakter, um so eher für entbehrlich, als sie im Entwurf durch zahlreiche Ausnahmen durchbrochen sei."[11]) Geht schon aus dieser Motivirung des Beschlusses, den § 72 der I. Lesung zu streichen, hervor, daß die Kommission mit der Streichung eine Rechtsänderung gegenüber dem

[6]) Vergl. Zitelmann, Die Rechtsgeschäfte im Entwurf I. Theil S. 93.

[7]) Motive Bd. I a. a. O.

[8]) Zusammenstellung der gutachtlichen Aeußerungen zum Entwurf Bd. I S. 131.

[9]) Zusammenstellung a. a. O.

[10]) Von Rocholl, s. Zusammenstellung Bd. VI S. 79 f.

[11]) Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des B.G.B. Bd. I S. 68.

I. Entwurf nicht beabsichtigte, so wird das noch deutlicher dadurch, daß bei der Berathung des § 74 der Zeitpunkt der Wirksamkeit einer unter Abwesenden abgegebenen und empfangbedürftigen stillschweigenden Willenserklärung den Gegenstand besonderer Erwägung bildete.[12]) Auch wurde im Entwurf II. Lesung ebenso wie im I. Entwurf an verschiedenen Stellen, sei es direkt oder indirekt, die Zulässigkeit stillschweigender Erklärungen besonders hervorgehoben, wenn auch diese Stellen gegenüber dem I. Entwurf an Zahl bedeutend vermindert waren.[13])

Die endgültige Feststellung des Gesetzestextes hat sich in diesem Punkte, wie in den meisten technisch-juristischen Fragen, an die Fassung des zweiten Entwurfes angeschlossen; der zukünftige Rechtszustand wird demnach hinsichtlich der Wirkungskraft stillschweigender Erklärungen derselbe sein, wie er schon von den Redaktoren des II. Entwurfs in Aussicht genommen war. Obgleich nun die generelle Gültigkeit solcher Erklärungen nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches kaum wird bestritten werden, so erscheint es, da es sich um neues, noch nicht in Anwendung gewesenes Recht handelt, doch nicht unangebracht, sie mit einigen Worten ausdrücklich zu begründen.

Diejenigen Paragraphen des Gesetzbuches, in denen die Möglichkeit stillschweigender Willenserklärungen besonders festgesetzt ist (z. B. §§ 82, 151 Satz 2, 164, 328, 612, 632, 689), können zur Argumentation wohl nicht herangezogen werden, da nicht ersichtlich ist, ob die Vorschrift über den unmittelbar geregelten Fall hinaus Geltung haben soll, und andererseits diese Fälle in dem nunmehr festgestellten Gesetzestext nicht mehr so häufig sind, wie im ersten Entwurf, so daß man eine allgemeine Regel aus ihnen kaum abstrahiren könnte. Auch ist die generelle Gestattung stillschweigender Vertragsannahmen, die im § 86 Abs. 1 des I. Entwurfs enthalten war, in den § 151 der endgültigen Fassung nicht übergegangen. Eher als auf die genannten Paragraphen wäre auf diejenigen abzustellen, in denen, wie in den §§ 244 und 700, die Gültigkeit einer Erklärung davon abhängig gemacht ist, daß sie „ausdrücklich“ erfolgt sei. Indessen ist nicht ohne Weiteres klar, ob in den angezogenen Stellen das Wort „ausdrücklich“ in dem hier gemeinten Sinne, im Gegensatze zu stillschweigenden Erklärungen, gebraucht ist, und ob man demnach befugt ist, die allgemeine Zulässigkeit der letzteren

[12]) Protokolle a. a. O. S. 69.

[13]) §§ 71 Abs. 3, 280 Abs. 2, 552, 570, 629, 2032, 2058 u. a. m. der II. Lesung.

durch indirekten Schluß aus ihnen zu folgern; vielmehr kann namentlich im § 244 das „ausdrücklich" wohl im Sinne von „besonders, extra" verstanden werden, so daß dann der Sinn der Vorschrift wäre, daß Zahlung in ausländischer Währung nicht verlangt werden könne, wenn sie nicht besonders (und zwar entweder „ausdrücklich" oder „stillschweigend") bedungen sei. Das Argument, das dieser Auslegung des § 244 mit Recht entgegen gehalten werden kann, daß nämlich dann das Wort „ausdrücklich" als vollkommen überflüssig erscheine, dürfte kaum genügen, um den geltend gemachten Einwand ganz zu beseitigen. Eine ähnliche Auslegung des § 700 ist zwar kaum mit dem Umstande vereinbar, daß hier auf dem „ausdrücklich" offenbar der Ton liegt, erscheint aber doch nicht als schlechthin ausgeschlossen. Da somit auch die §§ 244 und 700 nicht vollkommen beweiskräftig sind, wird man auf allgemeinere Erwägungen zurückgreifen müssen. Wenn auch gelegentlich der Kritik des I. Entwurfs behauptet worden ist,[14]) daß eine eigentliche Erklärung nur durch die Sprache geschehen könne, und wenn deshalb der Entwurf getadelt ist, daß er mit so dunklen Ausdrücken wie „stillschweigende Willenserklärung" operire, so liegt doch offenbar nach modernen Rechtsanschauungen die Gestattung der letzteren und damit die Erweiterung der Möglichkeit formloser Erklärung des Rechtswillens so sehr in der Natur der Sache, daß unbedenklich der Satz aufgestellt werden kann, die Unzulässigkeit stillschweigender Erklärungen hätte vom Gesetzbuch, wenn es sie anders nicht zulassen wollte, ausdrücklich hervorgehoben werden müssen. Es handelt sich ja nicht etwa zunächst darum, dem Erklärenden die Vorschrift zu geben, daß seine Erklärung nur ausdrücklich erfolgen könne — in diesem Falle könnte man vielleicht sagen, daß Gültigkeit nur das habe, was das Gesetz mit klaren Worten gestatte —; es handelt sich vielmehr darum, ob das Gesetz Thatsachen des Lebens, die täglich und stündlich in Erscheinung treten, die wirkende Kraft versagen will oder nicht, es handelt sich um Verhaltungsmaßregeln für den Richter, ob er stillschweigende Erklärungen, wo sie im wirklichen Rechtsleben vorkommen, beachten oder als Nichterklärungen betrachten soll. Hätte das Letztere in der Absicht des Gesetzes gelegen, so hätte dem jedenfalls Ausdruck verliehen werden müssen. Schließlich aber und vor Allem ist auf den Willen nicht des Gesetzes, sondern des Gesetzgebers abzustellen, dessen Heranziehung bei der Auslegung

[14]) Von Rocholl, vergl. Zusammenstellung a. a. O. S. 79.

der Gesetze von neueren Schriftstellern mit Unrecht bekämpft und auch für das Bürgerliche Gesetzbuch von Fischer in der Einleitung zu seiner und Henle's Handausgabe desselben als „ganz unrichtig und höchst verderblich" bezeichnet ist.[15]) Wenn es auch richtig ist, „daß es bei modernen Gesetzen einen persönlichen Gesetzgeber mit bestimmten Willensmeinungen überhaupt nicht giebt",[16]) und wenn auch der sog. „Kultus der Materialien" seine gewisse, freilich nicht fest zu bestimmende Grenze haben muß, so ist es doch andererseits unmöglich, bei der Auslegung des B. G.B. dasjenige unbeachtet zu lassen, was ein für die Gestaltung des Gesetzes so maßgebender Faktor wie die Kommission für die II. Lesung in ihren Protokollen niedergelegt hat. Zwar ist die Kommission nicht ein Theil der für die Gesetzgebung des Reiches unmittelbar in Betracht kommenden Körperschaften, aber es ist doch mehr als eine bloße Fiktion, wenn man sagt, daß Bundesrath und Reichstag sich die Intentionen der eigentlichen Schöpfer und Gestalter des Gesetzes in seiner vorliegenden Form zu eigen gemacht haben, soweit sie nicht ausdrücklich von ihnen abgewichen sind, und der Satz, daß die Annahme einer im Gesetzentwurf enthaltenen Vorschrift nicht zugleich Billigung der den Verfasser des Entwurfes leitenden Motive sei, wird da nicht zur Anwendung kommen können, wo diese Motive ausdrücklich ausgesprochen sind und eine Mißbilligung derselben seitens der gesetzgebenden Faktoren nicht zu Tage getreten ist. Wie für die Beweggründe der Aufnahme einer Vorschrift in das Gesetz muß das aber auch für die Beweggründe der Weglassung einer solchen gelten. Es wäre ja auch ein merkwürdiges Resultat der grauen Theorie, wenn man in unserem Falle, von der Ansicht ausgehend, daß die Zulässigkeit stillschweigender Willenserklärungen im Gesetzbuch ausdrücklich hätte konstatirt werden müssen, und auch die anderen Argumente für ihre Zulässigkeit in Zweifel ziehend, die letztere, soweit sie nicht ausdrücklich bestimmt ist, völlig leugnen und sich den Motiven und Protokollen gegenüber darauf berufen wollte, daß „nur das losgelöst von jeder menschlichen Persönlichkeit in die Erscheinung tretende Wort des Gesetzes als bindend betrachtet werden" dürfe.[17]) Das Resultat wird, wie gesagt, kaum ge-

[15]) S. XXVII.

[16]) Fischer a. a. O. S. XXVII.

[17]) Fischer a. a. O. S. XXVII. Unmittelbar darauf sagt freilich F. selber, die Vorarbeiten seien bei der Auslegung deshalb zu beachten, weil sich in ihnen

zogen werden, aber das Beispiel scheint doch geeignet, die Unentbehrlichkeit der Vorarbeiten für die Auslegung des B. G.B. zu erweisen.

Eine eingehende Kritik an dem durch das B. G.B. sonach geschaffenen oder vielmehr beibehaltenen Rechtszustande soll hier nicht geübt werden. Die weitgehende Zulassung stillschweigender Erklärungen ist, wie schon erwähnt, von Rocholl[18]) mit der Begründung getadelt worden, daß es Aufgabe des B. G.B. sei, „eine allgemein verständliche, Irrungen und Zweifel ausschließende Gesetzessprache einzuführen und nicht mit so dunklen Ausdrücken wie »stillschweigende Willenserklärung« zu operiren". Rocholl ist der Ansicht, „die Sprache in Wort und Schrift sei vorzugsweise dazu da, Willenserklärungen abzugeben, und eine eigentliche »Erklärung« könne eben nur durch die Sprache geschehen... Was jetzt unter stillschweigender Willenserklärung verstanden werde, sei nichts als eine Fiktion." Dieser Auffassung ist eben zu entgegnen, daß eine Ausstoßung der stillschweigenden Erklärungen nichts Bedenkliches hätte, wenn es sich nur darum handelte, dem Erklärenden eine Anweisung zu geben, wie er seine Erklärung vollziehen solle, daß es aber dem Bedürfniß des wirklichen Lebens durchaus nicht entsprechen würde, wenn man es dem Richter unmöglich machen wollte, die zahlreichen Fälle rechtlich zu beachten, in denen der Wille durch konkludente Handlungen erklärt wird, ohne daß doch — in welchem Fall allein Rocholl die von ihm sogenannten „Willensäußerungen" den eigentlichen „Erklärungen" gleichstellen will — „aus der Aeußerung zugleich die rechtsgeschäftliche Absicht in Bezug auf eine bestimmte Person mit Zuverlässigkeit zu entnehmen" wäre;[19]) es würde im Prozeß dem Gegner des stillschweigend Erklärenden die größten Nachtheile bereiten, wenn der letztere nicht bei seiner Erklärung behaftet werden könnte. — Eine andere Frage ist es, ob es zu billigen sei, daß das Gesetzbuch, da es einmal mit diesen Begriffen operirt, uns vollkommen im Unklaren darüber läßt, was unter ausdrücklichen, was unter stillschweigenden Erklärungen verstanden werden soll. War dies auch für das Gesetzbuch in seiner jetzigen Fassung, da es überhaupt keine allgemeine Regel über die stillschweigenden Erklärungen aufstellt, eine praktische Nothwendigkeit,

die Entstehungsgeschichte des Gesetzes darstelle. Mir scheint das ein Widerspruch zu sein.

[18]) Zusammenstellung Bd. VI S. 79.

[19]) Daß in diesem Falle doch eine „Erklärung" vorliegt, darüber s. unten.

so ist doch die Frage die, ob nicht eben dieser Begriffsbestimmung wegen eine solche Regel hätte aufgenommen werden sollen. Hartmann[20]) lobt zwar, daß das Gesetz keinen Versuch mache, „lediglich aus seinem eigenen Geist heraus in abstrakter Weise die unübersehbare Menge der dafür [d. h. für das Vorliegen einer stillschweigenden Willenserklärung] denkbaren Falles entscheidenden Punkte zu ordnen und in feste Kategorien zu bannen", und derselben Ansicht ist Hölder;[21]) aber bei der Begriffsverwirrung, die wenigstens in der gemeinrechtlichen Theorie in dieser Lehre herrscht und die man wohl mit Recht als eine Folge der sprachlichen Unbestimmtheit der Worte „ausdrücklich" und „stillschweigend" bezeichnet hat,[22]) würde es sich doch vielleicht empfohlen haben, in dem neuen Gesetzbuche einen Fingerzeig für die Abgrenzung zu geben.

Aus der bisherigen Theorie ist für diesen Punkt Brauchbares kaum zu entnehmen, wie denn ja schon hervorgehoben wurde, daß das gemeine Recht in seiner neuesten Entwickelung durch die stillschweigenden Erklärungen über die stillschweigenden Erklärungen hinaus gelangt ist. Die ganze Lehre ist ein Produkt des Bestrebens, dem Willen der handelnden Personen im Recht auch da Geltung zu verschaffen, wo er sich nicht in bestimmten Worten verkörpert hat, sondern nur aus einem irgendwie gearteten Verhalten gefolgert werden kann; es sollen aus diesem Verhalten für die solchergestalt erklärende Person sowohl Rechte als Pflichten entspringen. Da nun der Wille lediglich eine innere Thatsache und der Schluß von der Erklärung auf den Willen deshalb niemals ein völlig sicherer ist, war die Frage, welche Momente vorhanden sein müßten, um einen solchen Schluß juristisch zu rechtfertigen; einerseits empfand man, daß es eine Grenze geben müsse, über die hinaus in einem bestimmten Verhalten ein Willensausdruck nach einer bestimmten Richtung hin nicht mehr gefunden werden könne, andererseits war offenbar, daß ein begrifflicher Unterschied zwischen einer mündlichen oder schriftlichen Erklärung und einem konkludenten Verhalten anderer Art nicht bestand, da auch bei jener der Schluß auf das Vorhandensein des ihr entsprechenden Willens niemals ein vollkommen zwingender sein kann. Es bestand also einmal die Gefahr, daß man

[20]) Archiv für d. civil. Pr. Bd. 73 S. 315.

[21]) S. oben S. 183.

[22]) So Leonhard, Der Irrthum bei nichtigen Verträgen S. 206–208.

mit der Annahme stillschweigender Erklärungen ganz ins Ungewisse gerieth und jeden sicheren Boden unter den Füßen verlor, und schon diese Gefahr zwang, nach einem einigermaßen gewissen Kriterium des Begriffs der stillschweigenden Erklärungen zu suchen, und im Uebrigen lag doch der Gedanke nahe, daß zwischen diesen und den ausdrücklicheren Erklärungen, wenn auch kein begrifflicher, so doch ein praktischer Unterschied bestehe, daß bei beiden das Verhältniß von Wille und Erklärung zwar für den Erklärenden, nicht aber für den richterlichen Beurtheiler dasselbe sei. Das Problem des Verhältnisses von Wille und Erklärung war es demnach, welches vor Allem zu einer Abgrenzung der ausdrücklichen von den stillschweigenden Erklärungen drängte: bei den ersteren glaubte man den Schluß von der Erklärung auf den Willen leichter machen zu können, während man bei den letzteren eine schärfere Prüfung für erforderlich hielt; um es mit den Ausdrücken der modernen Theorie zu bezeichnen: man glaubte die Erklärungs- oder Vertrauenstheorie bei den ersteren in größerem Umfange als bei letzteren zur Anwendung bringen zu sollen. So legt nach Hartmann's[23]) treffender Darstellung Savigny dem mündlichen oder schriftlichen Wort „noch eine gewisse Selbständigkeit bei gegenüber dem innerlichen Willen, weil auf der Zuverlässigkeit seines Sinnes die Sicherheit alles Verkehrs beruht, so daß bei der ausdrücklichen Willenserklärung durch Worte das Dasein des Willens als völlig gewiß anzusehen ist. Bei der stillschweigenden Willenserklärung dagegen ist das Dasein des Willens nicht schon für sich gewiß. Vielmehr soll es erst aus Handlungen geschlossen werden mit Rücksicht auf alle Umstände, von denen sie begleitet sind. Jeder entgegenwirkende Umstand auch der individuellsten Natur kann also ausreichend sein, den Schluß auf die innere Absicht zu entkräften."

Bei dieser allgemeinen Erkenntniß, daß der Schluß von der Erklärung auf den Willen sich nicht bei allen Erklärungen in gleicher Weise vollziehe, konnte man nun nicht stehen bleiben, sondern mußte ein festes Kriterium des Unterschiedes zu gewinnen suchen, das die verschiedene Behandlung der darnach unterschiedenen Arten von Erklärungen rechtfertigte. Es wäre am natürlichsten gewesen, die Grenze zwischen

[23]) Werk und Wille, Arch. f. d. civil. Pr. Bd. 72 S. 181 f. Vergl. v. Savigny, System Bd. III S. 259 und daselbst Beilage VIII (nicht XII, wie Hartmann citirt) S. 363, ferner § 131.

den Erklärungen durch Worte und denjenigen anderer Art zu ziehen. Mit diesem rein äußerlichen Unterschiede glaubte man sich jedoch nicht begnügen, sondern vielmehr das Kriterium nach inneren Gesichtspunkten bestimmen zu sollen. Da die in Frage stehende Unterscheidung nun, wie oben gezeigt, für die gemeinrechtliche Theorie keine begriffliche, sondern lediglich eine praktisch-juristische war, da mithin jeder sichere Maßstab fehlte und auch die Sprache keinen Anhalt bot, so mußte bei der individualistischen Freiheit des Denkens, die in der Rechtswissenschaft von jeher geherrscht hat, eine Fülle der mannigfaltigsten Theorien entstehen.

Savigny[24]) bezeichnet als stillschweigende Willenserklärungen solche, die nicht allein als Kennzeichen des Willens zu dienen bestimmt sind, sondern zunächst eine andere, selbständige Bestimmung haben, jedoch so, daß sie daneben auch den Ausdruck des Willens in sich schließen; für diese Erklärungen stellt er die in Hartmann's Worten oben angeführte Willenstheorie auf; ähnlich in der Bezeichnung des Unterschiedes drückt sich Dernburg[25]) aus. Windscheid definirte anfänglich folgendermaßen:[26]) „In dem Falle, welchen man mit dem Ausdrucke stillschweigende Willenserklärung bezeichnet, wird auf den Willen einer Person geschlossen aus Handlungen dieser Person, welche dieselbe nicht zu dem Zwecke vorgenommen hat, um ihren Willen zu erklären. . . . Die ausdrückliche Willenserklärung besteht in der Hervorbringung von Zeichen, welche zu dem Ende gemacht werden, um bei Andern das Bewußtsein zu erregen, daß derjenige, von welchem die Zeichen ausgehen, einen bestimmten Willen habe, und welche zur Hervorbringung dieses Bewußtseins an und für sich geeignet sind." Während Windscheid hier allein auf die subjektive Absicht des Handelnden abstellt, hat er sich später der die objektive Zweckbestimmung der Handlung berücksichtigenden Savigny'schen Fassung genähert, jedoch so, daß er die ausdrücklichen Willenserklärungen nicht als solche definirt, die lediglich zur Offenbarung des in Rede stehenden Willens zu dienen bestimmt sind, sondern nur fordert, daß sie nach der Verkehrssitte oder kraft besonderer Festsetzung die Bestimmung haben, diesen Willen zu erklären, und ihnen die stillschweigenden als solche gegenüberstellt, bei

[24]) System III § 131.
[25]) Pandekten I § 98.
[26]) Archiv für die civil. Praxis Bd. 63 S. 74.

denen der Wille als gehörig an den Tag gelegt angesehen wird, „wenn ein Benehmen (Thun oder Unterlassen) vorliegt, welches auf das Vorhandensein des Willens einen sicheren Schluß gewährt.“[27]) Dieser Schluß muß, wie aus dem Folgenden hervorzugehen scheint, nicht gerade logisch zwingend, wohl aber empirisch begründet sein. Mit Windscheid's neuerer Definition stimmt Zitelmann wesentlich überein, indem er als ausdrücklich diejenige Erklärung bezeichnet, die mit den nach der Regel des Lebens oder kraft besonderer Satzung gebräuchlichen Erklärungsmitteln vorgenommen wird, als stillschweigend hingegen die, „welche nach der Regel des Lebens nicht Erklärungsmittel einer bestimmten Absicht ist“. Im letzteren Falle solle der Richter prüfen, ob sich aus den konkreten Umständen der Handlung eine bestimmte juristische Absicht des Handelnden folgern lasse.[28]) Die Schlußfolgerung von der Handlung auf die Absicht dürfe jedoch bei der stillschweigenden Willenserklärung niemals eine nothwendige, d. h. logisch zwingende sein; denn in diesem Falle handle es sich nur darum, daß sich eine zweite Absicht des Handelnden analytisch aus der zunächst durch die Handlung erklärten entwickeln lasse; dann aber sei auch die zweite Absicht nicht blos stillschweigend, sondern vielmehr ausdrücklich erklärt.[29]) Ganz ähnlich lautet die Definition von Schliemann,[30]) den Zitelmann als seinen Vorgänger citirt.

Eine dieser Theorien für das Bürgerliche Gesetzbuch zu verwerthen, erscheint nicht angängig. Gegen die Begriffsbestimmung Savigny's hat Leonhard[31]) mit Recht angeführt, daß bei gewissen Fällen (zweifellos) stillschweigender Zustimmung von einem Doppelzwecke nicht die Rede sein könne, und daß es andererseits (zweifellos) ausdrückliche Erklärungen mit einem Doppelzwecke gebe; derselbe Schriftsteller führt gegenüber Windscheid's älterer Definition aus,[32]) daß auch die stillschweigende Erklärung sehr wohl als solche beabsichtigt sein kann („man denke z. B. an den stillschweigenden Schulderlaß Fugger's durch das Ver

---

[27]) Windscheid, Pandektenrecht I § 72.

[28]) Zitelmann, Irrthum und Rechtsgeschäft S. 264.

[29]) Irrthum und Rechtsgeschäft S. 265.

[30]) Lehre vom Zwange (vergl. die Kritik von Bekker, Krit. Viert.-Jahrsschr. III S. 205).

[31]) Irrthum S. 195.

[32]) a. a. O. S. 194.

brennen der Schuldscheine in Gegenwart des Kaisers u. dgl.“), während hierzu Zitelmann bemerkt,[33]) daß das Merkmal, welches die stillschweigende Willenserklärung von der ausdrücklichen unterscheide, kaum in einem psychischen Moment auf Seiten des Handelnden gesucht werden dürfe, da dann dieselbe Willenserklärung bald eine stillschweigende, bald eine ausdrückliche sein würde. Gegen Zitelmann und Schliemann bemerkt wieder Leonhard,[34]) daß vielleicht die Frage aufzuwerfen sei, „wann denn überhaupt nach jenen zu engen Definitionen eine stillschweigende Willenserklärung vorkommen kann. Sicherlich doch nur dann, wenn Jemand einen Gedanken durch ein selbsterfundenes pantomimisches Ausdrucksmittel oder nach Grundsätzen, welche auf seinen besonderen Lebensgewohnheiten beruhen, ... ausdrückt.“ Dieser treffenden Kritik kann noch hinzugefügt werden, daß eine sichere Grenze zwischen üblichen und nicht üblichen Erklärungsmitteln kaum wird gefunden werden können. Vor Allem aber ist es unrichtig, wenn Zitelmann[35]) seine Theorie als die vom Bürgerlichen Gesetzbuch adoptirte ansieht, wenn er meint, daß nach dem Entwurf ausdrücklich jede Willenserklärung sei, „welche durch ein Verhalten geschieht, das nach Verkehrssitte, Gesetz oder bindender Parteifestsetzung dazu bestimmt ist, Erklärungsmittel zu sein“, stillschweigend dagegen jede durch andere Erklärungsmittel erfolgende, und wenn er sich zum Beweise dafür auf §§ 86 Abs. 3 und 116 Abs. 1 des I. Entwurfs bezieht, in denen als Merkmal des Unterschiedes nicht gesetzt sei, „was der Erklärende bezweckt, sondern wie der Empfänger der Erklärung den Willen zu ermitteln hat (aus den Umständen!).“ Daß aber die diese Umstände darstellenden Handlungen oder Unterlassungen des Erklärenden nicht ebenso gut übliche wie weniger übliche sein können, davon ist in diesen Stellen kein Wort gesagt, und der Gegensatz, der im § 86 Abs. 1 (§ 151 der letzten Fassung) zwischen der Erklärung im Antrage und dem aus den Umständen zu entnehmenden Willen gemacht ist, scheint eher einfach auf den Unterschied wörtlicher und anderer Erklärungen zu deuten. Gegen Zitelmann sprechen namentlich auch die §§ 612, 632 und 689 des Gesetzbuchs (§§ 559, 567 und 615 des I. Entwurfs), nach denen beim Dienstvertrag, Werkvertrag und bei der Verwahrung

---

[33]) a. a. O. S. 261.

[34]) a. a. O. S. 198 Anm. 4.

[35]) Die Rechtsgeschäfte im Entwurf, I. Theil S. 93.

eine Vergütung als stillschweigend vereinbart gelten soll, wenn die Dienstleistung u. s. w. den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten sei. Hier wird doch offenbar gerade auf das Uebliche abgestellt: eine Vergütung gilt als vereinbart, wenn das Benehmen der Parteien beim Vertragschluß nach der Auffassung des Lebens die Vereinbarung einer solchen involvirt, und das Gesetz redet hier doch von einer stillschweigenden Vereinbarung.

Den Beschluß der gemeinrechtlichen Theorien macht die von Leonhard,[36]) der als ausdrückliche Erklärungen solche bezeichnet, bei denen „der Gedanke in die nach dem Sprachgesetze zu seiner Bezeichnung bestimmten Worte eingekleidet und in diesen geäußert worden ist" (wobei er die Schriftsprache der mündlichen und eine solche Zeichensprache, welche die einzelnen Worte wiedergiebt, der Wortsprache gleichstellt), als stillschweigende Erklärung aber jede Klarlegung des Gedankens in einer anderen Form als in den nach dem Sprachgesetze für ihn bestimmten Worten ansieht. Es mag dahingestellt bleiben, ob, was Lotmar[37]) bestritten hat, diese Definition mit dem Inhalt der römischen Quellen übereinstimmt; jedenfalls ist sie von allen bisher angeführten die einfachste und natürlichste und verdient aus diesem Gesichtspunkte den Vorzug.

Abgesehen von Leonhard stehen sämmtliche Schriftsteller, welche eine Abgrenzung der ausdrücklichen von den stillschweigenden Erklärungen versuchen, mehr oder weniger auf dem Standpunkte, daß die Behandlung des Willensproblems bei beiden Arten der Erklärungen eine verschiedene sein müsse, daß man bei den ersteren der Erklärungstheorie mehr als bei den letzteren folgen könne. Indem sich nun Hartmann,[38]) wenigstens soweit die Verträge in Betracht kommen, vollständig auf den Boden der Erklärungstheorie stellte, gelangte er ganz selbstverständlich dazu, den juristischen Unterschied der ausdrücklichen und stillschweigenden Erklärungen als nicht von der Sache gefordert hinzustellen, ohne daß er den bei jeder Definition bestehen bleibenden natürlichen Unterschied leugnen könnte und wollte. Hartmann zeigt, daß materiell das Verhältniß von Werk und Wille dasselbe sei, wie das von Wort und Wille; er geht aber in konstruktiver Beziehung so weit, daß er da, wo

[36]) Irrthum S. 197 f., 201.

[37]) Vergl. die Kritik von L.'s Buch in der Krit. Viert.-Jahrsschr. XXV.

[38]) Werk und Wille, Archiv für die civil. Praxis Bd. 72.

man sonst von stillschweigenden Erklärungen zu sprechen pflegt, überhaupt nicht mehr fragt, ob hier wenigstens äußerlich etwas vorliege, was man für eine Willenserklärung halten könne, sondern lediglich darauf abstellt, ob das Verhalten einer Geschäftspartei objektiv geeignet war, in der Gegenpartei das befugte Vertrauen zu erwecken, daß auf Seiten der ersteren ein bestimmter Rechtswille vorhanden und in Erscheinung getreten sei, eine Konstruktion, die vielleicht im besten Sinne römisch ist, die gewohnten Bahnen der gemeinrechtlichen Systematik aber insofern verläßt, als das gemeine Recht innerhalb des Kreises der rechtsgeschäftlichen Rechtschaffung — „im erlaubten civilrechtlichen Verkehr", wie Hartmann[39]) sich einmal ausdrückt — nur aus Erklärungen Rechtsfolgen ableitet, und zwar sowohl aus einseitigen, wie vor Allem aus den übereinstimmenden Erklärungen zweier Vertragsparteien. Der Unterschied, der in dieser Beziehung — das Verhältniß von Wille und Erklärung kommt zu diesem Punkte nicht in Betracht — zwischen der Theorie Hartmann's und der herrschenden gemeinrechtlichen Auffassung besteht, ist zwar, um das noch einmal hervorzuheben, lediglich ein konstruktiver, während praktisch verschiedene Ergebnisse sich nicht aus diesem Unterschiede, sondern nur aus einer abweichenden Auffassung des Willensproblems[40]) ergeben können: aber es ist doch ein Unterschied in der ganzen juristischen Denkweise, der Hartmann's Theorie auch, wie sich zeigen wird, für das B.G.B. nicht ohne Weiteres annehmbar macht. Hartmann's Standpunkt prägt sich deutlich z. B. in folgenden Worten aus: „Auf Grund des ganzen Auftretens einer Partei wird, unter Berücksichtigung der individuellsten Umstände des Falles, um der Zwecke des Rechts willen gelegentlich ein Wille juristisch als vorhanden gefunden oder angenommen, an dessen Erklärung die Partei gar nicht gedacht hat und der leicht möglich nicht einmal als innere Thatsache wirklich existirte. Statt von (stillschweigender) Willenserklärung seitens der Partei würde man da unzweideutiger und richtiger reden von einer Aeußerung des bestimmten Willens, welche seitens der Rechtsordnung oder des denkenden Juristen in dem ganzen Auftreten, in den Handlungen und Werken, auch den Unterlassungen der Partei gefunden wird."[41])

[39]) Werk und Wille, Archiv Bd. 72 S. 162.

[40]) Im Sinne des Problems der Uebereinstimmung von Wille und Erklärung im einzelnen Falle.

[41]) Werk und Wille, Archiv Bd. 72 S. 166.

Also es ist wohl etwas kaum allgemein zu Definirendes in Erscheinung getreten, das rechtsgeschäftliche Wirkungen zu erzeugen vermag, aber eine Erklärung im eigentlichen Sinne liegt nicht vor. Wenn Hartmann, der ja nur von den Fällen des sogenannten stillschweigenden Konsenses spricht, an späterer Stelle meint, daß man in zweiseitigen Rechtsverhältnissen da, wo in der eben geschilderten Weise eine Willensmanifestation vom Recht angenommen werde, ohne daß eine Erklärung vorliege, immerhin noch von einem „wirklichen Vertrage im Rechtssinne“ sprechen könne,[42]) so hat er damit jedenfalls die Basis der herrschenden gemeinrechtlichen Doktrin, die einen Vertrag nur beim Vorhandensein zweier übereinstimmender Willenserklärungen annimmt, verlassen. In noch höherem Grade ist dies natürlich bei Ehrlich in der S. 1 citirten Schrift der Fall, der ebenfalls von einer Verwendung des Begriffs der stillschweigenden Erklärungen ganz absehen will.[43])

Wie stellt sich nun hierzu das Bürgerliche Gesetzbuch? Die äußerliche Unterscheidung der ausdrücklichen und der stillschweigenden Erklärungen ist, wie es sich aus der oben dargestellten Vorgeschichte dieser Materie (die Zulässigkeit stillschweigender Erklärungen bedeutet im Sinne des Gesetzgebers zugleich ihre äußere Scheidung von den ausdrücklichen) ergiebt, und wie auch theilweise speziell festgestellt ist, beibehalten und bildet einen Bestandtheil der Systematik des Gesetzes, zu dem, man mag diesen seinen Standpunkt für richtig halten oder nicht, jedenfalls Stellung genommen werden muß. Andererseits ist aber, wie sich ergeben wird, eine praktisch verschiedene Behandlung beider Arten von Erklärungen nicht beliebt worden; ein spezifisch juristisches Kriterium der Unterscheidung bestünde mithin nicht,[44]) und man wäre auf den rein natürlichen Unterschied der größeren oder geringeren Ausdrücklichkeit angewiesen. Wo soll man aber dann, wie doch immerhin (freilich wohl mehr dogmatisch, als praktisch) wünschenswerth ist und wie doch auch die Intention des Gesetzgebers zu erfordern scheint, die Grenze ziehen? Die Motive und Protokolle ergeben hierüber, wie schon oben ausgeführt

[42]) a. a. O. S. 253.

[43]) Ehrlich giebt eine reichhaltige Uebersicht darüber, welche Rolle diese Erklärungen nicht in der theoretischen Dogmatik, sondern in der Praxis spielen.

[44]) In diesem Sinne ist wohl die Bemerkung von Endemann, Einführung in das Studium des B.G.B., 3. Aufl. S. 268, aufzufassen.

ist, nichts, und auch im Gesetzbuche selber ist eine ausdrückliche Bestimmung in dieser Hinsicht nicht enthalten.

Es ist zunächst zu zeigen, daß das Gesetz, wie es keine in klare Worte gefaßte Abgrenzung der ausdrücklichen von den stillschweigenden Erklärungen giebt, so auch implicite nichts enthält, aus dem man entnehmen könnte, daß es einen praktischen Unterschied zwischen ihnen machen wollte, von einem begrifflichen Unterschiede gar nicht zu reden. Wenn die gemeinrechtliche Doktrin das entscheidende Moment in der Frage des Verhältnisses von Wille und Erklärung suchte und dieses Verhältniß bei den ausdrücklichen Erklärungen anders geartet fand als bei den stillschweigenden, so konnte sie zu diesem Ergebniß nur von dem prinzipiellen Boden der Willenstheorie[45]) aus kommen, während der von der Erklärungstheorie ausgehende Hartmann zu ganz anderen Resultaten gelangte. Nun ergiebt sich aus der Vorgeschichte des B. G.B. allerdings, daß auch für dieses prinzipiell die Willenstheorie angenommen werden sollte, wie dies in den Motiven des I. Entwurfs ausdrücklich gesagt ist[46]) und wie es sich auch aus der Ausgestaltung der in Betracht kommenden Paragraphen des I. Entwurfs ergiebt. Bei der Berathung der II. Lesung „verständigte man sich zunächst dahin, daß sich weder das Willensdogma noch die demselben gegenüberstehende Vertrauensmaxime (Erklärungstheorie) ohne erhebliche Modifikation durchführen lasse, und daß es daher nöthig sein werde, die einzelnen in Betracht kommenden Fälle getrennt ins Auge zu fassen, ohne zu der einen oder der anderen Theorie positiv Stellung zu nehmen".[47]) Das endliche Ergebniß ist aber doch, daß das Gesetz der Erklärungstheorie weit mehr zuneigt, als dem Willensdogma. Es ist mit Recht darauf hingewiesen worden, daß sein leitender Grundsatz nicht sei, „ein Mann, ein Wille", sondern „ein Mann, ein Wort".[48]) „Jeder mag," sagt derselbe Autor, „sein Wort so einrichten, daß es seinen wahren Willen kundthut: versäumt er dies, so muß er eben wider Willen beim Worte bleiben."[49])

[45]) Im Sinne der Theorie, daß praktisch nur eine Uebereinstimmung von Wille und Erklärung Rechtsfolgen erzeugen kann. Das hat m. E. nichts damit zu thun, ob man prinzipiell die Rechtsfolgen an den Parteiwillen anknüpft oder nicht. S. unten.

[46]) Bd. I S. 191.

[47]) Protokolle Bd. I S. 94.

[48]) Cosack, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Bd. I § 64 S. 200.

[49]) Cosack a. a. O.

Und weiter oben: das Gesetz verzichtet „auf die Erforschung des inneren Parteiwillens auch in solchen Fällen, wo es an Mitteln zu dessen Erkenntniß keineswegs gebricht, indem es z. B. bei der Auslegung einer empfangsbedürftigen Erklärung die Berücksichtigung aller Nebenumstände verwirft, die für den Empfänger der Erklärung nicht erkennbar waren, mögen sie auch durch Zeugniß dritter Personen auf's deutlichste festgestellt werden können. Das Gesetz ist eben unparteiisch; bei der Würdigung der rechtsgeschäftlichen Willensäußerungen denkt es nicht blos an ihren Urheber, sondern auch an die anderen Personen, welche durch die Aeußerungen betroffen werden sollen, und bestimmt demgemäß: nicht was die Partei in ihrem Innern will, sondern nur, was aus ihrem äußeren Verhalten, für die anderen Betheiligten erkennbar, als ihr Wille hervortritt, soll Geltung haben".[50]) Man kann sich mit dieser Formulirung der Grundgedanken des Gesetzbuchs gewiß einverstanden erklären; sie ist der Niederschlag der Ueberzeugung, die man aus der Betrachtung der §§ 116—124 gewinnt: diese Vorschriften stellen sich mehr als Ausnahmen vom Prinzip (scil. der Erklärungstheorie) denn als Konsequenzen eines Prinzips (des Willensdogmas) dar. Man vergleiche auch z. B. den § 97 des I. Entwurfs mit dem entsprechenden § 118 des Gesetzbuchs: im ersteren war die Nichtigkeit der scherzweise abgegebenen Erklärung an das negative Moment geknüpft, daß der Erklärende zu täuschen nicht beabsichtigte; nach der jetzigen Fassung muß positiv die Erwartung hinzukommen, daß der Mangel der Ernstlichkeit nicht werde verkannt werden. Daß übrigens hier im Gegensatz zum I. Entwurf die Nichtigkeit der Erklärung auch dann eintritt, wenn ihrem Urheber grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt, wird dadurch aufgewogen, daß jetzt der Erklärende in jedem Falle, auch wenn er ohne Verschulden ist, dem schuldlos auf seine Erklärung vertrauenden Interessenten gemäß § 122 B.G.B. zum Ersatz des negativen Vertragsinteresse verbunden ist, und bedeutet nicht etwa eine prinzipielle Hinneigung zur Willenstheorie.[51]) Man denke ferner daran, daß die irrthümlich abgegebene Erklärung jetzt nicht ohne Weiteres nichtig, sondern nur anfechtbar ist, wogegen die Nichtbeachtung grober Fahrlässigkeit des Irrenden ebenfalls nicht ins Gewicht fallen kann. Darnach scheint aber

[50]) Cosack a. a. O. S. 200.

[51]) Vergl. auch Protokolle Bd. I S. 99 resp. 101 (lediglich Billigkeitsrücksichten waren maßgebend).

die Annahme, daß das Gesetzbuch jetzt praktisch auf dem Standpunkte der Erklärungstheorie (wenn auch nicht ihrer extremsten Richtung) stehe, durchaus gerechtfertigt.[52]) Stellt man sich nun auf den Boden dieser Annahme, so ergiebt sich ohne Weiteres, daß für das Bürgerliche Gesetzbuch kein Anlaß vorliegt, die ausdrücklichen und die stillschweigenden Erklärungen verschieden zu behandeln mit Rücksicht auf das bei beiden bestehende Verhältniß von Wille und Erklärung. Dieses Verhältniß ist auch nach dem System des B. G.B. bei beiden das gleiche. Damit kommen alle unangenehmen Konsequenzen der älteren gemeinrechtlichen Theorie in Wegfall. Da nämlich diese Theorie einerseits davon ausging, daß innerhalb des „erlaubten civilrechtlichen Verkehrs"[53]) nur ein wirklich vorhandener Wille Rechtsfolgen erzeugen könne, und andererseits doch das praktische Bedürfniß empfand, in gewissen Fällen stillschweigender Erklärungen die Rechtsfolgen an einen äußeren Thatbestand zu knüpfen, ohne daß der Wille, der nach jener Theorie diesen Thatbestand allein zu einer rechtsgeschäftlichen Erklärung machen konnte, erweislich vorhanden war, so sah sie sich schließlich gezwungen, den Willen, den sie nicht als Thatsache vorfand, zu präsumiren oder zu fingiren. Daß dieses Hülfsmittel jedenfalls ein sehr mißliches ist und bei der praktischen Rechtsanwendung vollständig ins Bodenlose führt, weil es keine denkbare Grenze giebt, über die hinaus die Willenspräsumption oder -fiktion nicht mehr erfolgen darf, liegt auf der Hand. Uebrigens tritt zu der Präsumption oder Fiktion des Willens im Sinne der herrschenden Lehre die weitere Präsumption resp. Fiktion hinzu, daß dieser Wille auch als solcher erklärt sei, da der Wille ohne Erklärung ebenso wenig Rechtsfolgen zu erzeugen vermag wie die Erklärung ohne Willen. Wie Hartmann[54]) richtig hervorgehoben hat, verbindet sich dann beides häufig in der Art miteinander, daß nur der Wille präsumirt, die Erklärung aber fingirt wird. Andererseits macht Leonhard[55]) mit Recht darauf aufmerksam, daß da, wo es sich

[52]) Planck, Kommentar zum B. G.B. Bd. I S. 166, meint zwar, daß das Gesetzbuch in der Frage des Willensproblems einen vermittelnden Standpunkt einnehme. Das scheint mir zu wenig gesagt. S. aber auch Endemann a. a. O. § 70 Anm. 5, andererseits Eck, Vortrag über das I. Buch des B. G.B. S. 42f.

[53]) S. oben S. 194.

[54]) Werk und Wille a. a. O. S. 172f.

[55]) Irrthum bei nichtigen Verträgen S. 210.

lediglich um die Präsumption, nicht aber um die Fiktion einer Erklärung handle, etwas juristisch Relevantes überhaupt nicht vorliege. Die herrschende Lehre wirft diese präsumirten oder fingirten Erklärungen bald vollständig mit den stillschweigenden zusammen, bald stellt sie dieselben selbständig neben jene, beides für eine sich möglichst ans Natürliche haltende Dogmatik gleich unerwünschte Resultate.

Nun hat zwar Hartmann[56]) den Weg gezeigt, auf dem man dazu gelangt, diesen ganzen Schematismus entbehren zu können. Aber indem er, jeder einengenden Konstruktion abhold, einfach auf die ethischen Prinzipien des Rechts abstellt und in Vertragsverhältnissen wenig fragt, ob eine Willenserklärung vorliegt, wenn nur ein Verhalten der einen Partei gegeben ist, das die Gegenpartei berechtigen konnte, einen bestimmten Willen als bei ihr vorhanden anzunehmen, indem er also nicht nur in richtiger Anwendung der Erklärungstheorie in solchen Fällen das thatsächliche Vorhandensein oder Nichtvorhandensein des Willens als irrelevant ansieht, sondern auch das konstruktive Element der Erklärung vollständig fallen läßt, hat er sich nicht nur von dem Boden der gemeinrechtlichen Dogmatik entfernt, sondern etwas geschaffen, das auch in den Rahmen des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht passen will. Denn es darf gesagt werden, daß wie für das gemeine Recht so auch für das B. G.B. die „Erklärung" dasjenige konstruktive Element ist, an das sich innerhalb des Kreises des rechtsgeschäftlichen Verkehrs die Rechtsfolgen ausschließlich anknüpfen; in dieser Beziehung hat das B. G.B. den Boden des gemeinen Rechts nicht verlassen, während es allerdings in der Betonung des Willensmomentes bedeutend weniger weit geht als jenes. Rechtsfolgen solcher Thatbestände, die sich nicht als Erklärungen darstellen, kennt das Gesetzbuch auf dem hier in Betracht kommenden Gebiete nicht, wenigstens nicht so, daß ein allgemeines Prinzip in dieser Richtung aufgestellt werden könnte. Das ganze Gebiet der juristisch relevanten Ereignisse scheidet hier natürlich von der Betrachtung aus, da es mit dem Gebiete der rechtsgeschäftlichen Rechtserzeugung in keiner Verbindung steht, aus dem gleichen Grunde aber auch das Gebiet derjenigen Rechtshandlungen, „an welche Rechtswirkungen sich anschließen, für deren Eintritt nach der Rechtsordnung gleichgültig ist, ob dieselben von den Handelnden gewollt oder

[56]) Die Schrift von Ehrlich gewährt für die hier in Betracht kommenden theoretisch-dogmatischen Fragen nur geringe Ausbeute.

nicht gewollt sind", d. h. das Gebiet der unerlaubten Handlungen und der sog. Realakte (Domizilbegründung u. s. w.). In diesen Fällen knüpfen sich allerdings Rechtsfolgen an Thatbestände, die vielleicht eine Willensäußerung enthalten, nicht aber als Willenserklärung aufgefaßt werden können; anders aber ist es im Kreise rechtsgeschäftlicher Rechtserzeugung. Rechtsgeschäfte sind „Handlungen mit Rechtsfolgen, die, weil sie gewollt sind, eintreten",[57]) und gerade um des Gewolltwerdens der Rechtsfolgen willen bezeichnet man diese Handlungen als Willenserklärungen. Um allen Einwänden vorzubeugen, soll gleich betont werden, daß das Gewolltsein der Rechtsfolgen beim rechtsgeschäftlichen Handeln selbstverständlich nur den Normalfall darstellt, von dem die Begriffsbestimmung ausgeht. Damit läßt es sich aber, wie noch zu zeigen ist, wohl vereinigen, wenn man auf Grund der Erklärungstheorie auch da von Willenserklärungen spricht, wo, wie es gerade für die Fälle, in denen man von einer stillschweigenden Willenserklärung redet, häufig zutrifft, der Erklärungswille gefehlt hat oder wenigstens nicht erweislich vorhanden gewesen ist. Das innere Moment des Willens ist schwer zu konstatiren, aber die äußere Thatsache der Erklärung muß vorhanden sein, wenn rechtsgeschäftliche Rechtsfolgen eintreten: so ist es das Prinzip des in letzterer Hinsicht mit dem gemeinen Recht übereinstimmenden B. G.B.

Der scheinbare Widerspruch, daß man als Willenserklärungen gerade solche Handlungen bezeichnet, die zur Erzeugung gewisser Rechtsfolgen zu dienen bestimmt sind, und hinwiederum eine Erklärung auch dann annimmt, wenn der auf die Erzielung dieser Rechtsfolgen gerichtete Wille nicht ohne Weiteres zu Tage liegt, wird durch folgende Erwägungen beseitigt. Der Begriff der Erklärung hat nicht nur eine subjektive, sondern auch eine objektive Seite. Im subjektiven Sinne liegt eine Erklärung nur dann vor, wenn sie Erklärung vom Standpunkte des Erklärenden aus ist, d. h. wenn dieser sie als Erklärung gedacht hat. Objektiv aber ist eine Erklärung dann vorhanden, wenn etwas vorliegt, was sich nach außen hin als eine solche darstellt, wenn also eine Handlung gegeben ist, die normaler Weise die Kundgebung eines rechtsgeschäftlichen Willens, d. h. eine Erklärung im subjektiven Sinne, verkörpert. Nimmt man auf Grund des Vorliegens einer blos

---

[57]) Motive Bd. I S. 127. Darnach ist Kohler's Theorie von der prinzipiellen Irrelevanz des Rechtsfolgewillens vom B. G.B. nicht rezipirt.

objektiven Erklärung ein Rechtsgeschäft als zu Stande gekommen an, so verstößt das durchaus nicht dagegen, daß begrifflich rechtsgeschäftliche Folgen sich nur an subjektive Erklärungen knüpfen; es ist auch keine Fiktion, mit der hier operirt wird; sondern die ganze Erscheinung beruht auf dem natürlichen Unterschiede des Innerlichen und des Aeußerlich-Realen, des Subjektiven und des Objektiven: die Erklärung hat ein von dem Vorhandensein des Willens unabhängiges, selbständiges Dasein. Um zu dem Gegenstande dieser Abhandlung zurückzukommen, so ermöglicht es die Konstruktion der Erklärungen im objektiven Sinne, ohne die Denkform der Fiktion auch in den Fällen nicht erweislich vorhandenen Willens von „stillschweigenden Willenserklärungen" zu reden[58]) und damit der Ausdrucksweise und der Systematik des B. G.B. gerecht zu werden, was der Konstruktion Hartmann's, der auf die Beibehaltung des Begriffes der Erklärung kein Gewicht legt, nicht gelingt. Daß es aber der Dogmatik unseres neuen bürgerlichen Rechts obliegt, sich möglichst eng an das im Gesetzbuch gegebene Material anzuschließen, das scheint mir kaum einer weiteren Ausführung zu bedürfen. Es soll übrigens noch hervorgehoben werden, daß die dargelegte Konstruktion bisher in dieser Form wohl nur deshalb nicht versucht worden ist,[59]) weil die ganze Erklärungstheorie fast ausschließlich im Hinblick auf das Fehlen des Willens bei ausdrücklichen Erklärungen aufgestellt wurde. Hier, wo es sich bei jeder Definition der Regel nach um die typische Erklärungsform, das gesprochene oder geschriebene Wort, handelt, liegt der Gedanke, die Rechtsfolgen ohne Rücksicht auf das Vorhandensein des Willens an dieses zu knüpfen, so nahe, daß ein tieferes Eingehen auf das Wesen der Erklärung kaum nothwendig erschien. Bei den stillschweigenden Erklärungen, die nicht typische Erklärungsform sind, schwindet das Selbstverständliche des Gedankens und die Konstruktion wird erforderlich, wenn man überhaupt in den Fällen nicht erweislich vorhandenen Willens den Begriff der Erklärung beibehalten will; der Begriff der stillschweigenden Willenserklärungen im gemeinen

---

[58]) Was z. B. Schloßmann, Vertrag S. 60 für unmöglich erklärt. Vergl. auch die Ausführungen von Ehrlich a. a. O. S. 289f.

[59]) S. jedoch die Verwendung des Begriffes der Aeußerung bei Hartmann a. a. O. S. 166 und Anm. 5. Es ist aber zu betonen, daß die „Aeußerung" eben Erklärung im objektiven Sinne ist, sobald sie als Rechtsgeschäftselement sich darstellt.

Recht beruhte dagegen ja gerade darauf, daß man bei ihnen die Willenstheorie in noch weiter gehendem Maße als bei den ausdrücklichen für anwendbar hielt. Durch die vorgeschlagene Konstruktion erledigt sich z. B. das Bedenken von Bekker,[60]) wie es zu halten sei, wenn ein Oblat die ihm unbestellt übersandten Cigarren in Folge einer grobfahrlässigen Verwechslung mit anderen aufrauche; hier sei, meint Bekker, eine stillschweigende Annahmeerklärung ausgeschlossen. Es kann aber nichts zweifelloser sein, als daß das Aufrauchen der Cigarren objektiv eine Annahmeerklärung darstellt, wie sie energischer kaum gedacht werden kann, während Bekker, der nur an subjektive Erklärungen denkt, das Vorhandensein einer solchen leugnet und demnach den Vertrag als nicht zu Stande gekommen erklären muß. Daß für Bekker's Entscheidung auch das Fehlen des Geschäftswillens in Betracht kommt, ist hier gleichgültig.

Wie nun freilich die Erklärung im objektiven Sinne genauer zu definiren sei, ist eine schwierige Frage, die an dieser Stelle nicht erschöpfend beantwortet werden kann. Ich würde etwa sagen,[61]) daß die objektive Erklärung eines bestimmten rechtsgeschäftlichen Willens in jedem Verhalten liegt, aus welchem nach der Auffassung des Lebens und nach den besonderen unter den resp. für die Betheiligten bestehenden Verhältnissen ein verständiger Mann die Existenz eines solchen Willens zu folgern berechtigt ist. Ich würde also bei der Beantwortung der Frage, ob eine Erklärung vorliegt, nicht nur, wie Zitelmann[62]) es thut, auf das Uebliche abstellen, sondern auch die individuellen Momente des Falles berücksichtigen. Es kann ja auch sehr wohl sein, daß ein gebräuchliches Erklärungsmittel im einzelnen Falle nicht als dem Zwecke der Erklärung dienend sich darstellt. Ein Verhalten der in der Definition zum Ausdruck gebrachten Art muß diejenigen Rechte und Pflichten erzeugen können, die überhaupt als Rechtsfolgen im rechtsgeschäftlichen Verkehr in Betracht kommen, derart, daß die Erklärung ungültig ist nur in den Fällen der §§ 116ff. des B.G.B. Auf den Willen ist bei der Anwendung des dargelegten Prinzips insoweit Rücksicht zu nehmen, als in einem Verhalten offenkundig ein Wille sich äußert, den man nach den Regeln der Logik nicht getrennt von dem in Rede stehen-

---

[60]) Zusammenstellung Bd. VI S. 90.

[61]) Ausdruck im Anschluß an Planck, s. unten S. 205.

[62]) S. oben S. 191.

den Willen hegen kann: der letztere ist dann durch die Manifestation des ersteren objektiv erklärt.[63]) Uebrigens ist zu beachten, daß in der ganzen Frage ein Unterschied gemacht werden muß zwischen Verkehrsgeschäften und streng einseitigen Geschäften; bei ersteren wird man, mit Rücksicht auf die Interessen der dem Erklärenden gegenüberstehenden Partei, eher geneigt sein, eine Erklärung als vorliegend anzunehmen, als bei letzteren.[64])

Im Vorstehenden ist, um das kurz zu rekapituliren, gezeigt worden, daß das B. G.B. mit der von Hartmann begründeten Theorie insoweit übereinstimmt, als es ebenfalls das Kriterium des Unterschiedes zwischen ausdrücklichen und stillschweigenden Willenserklärungen nicht in Verbindung mit der Frage nach dem Verhältniß von Wille und Erklärung bestimmt, also ein spezifisch-juristisches Kriterium der Unterscheidung nicht kennt, daß es aber von Hartmann darin abweicht, daß es auch für die letzteren den Begriff der Erklärung beibehält; im Anschluß daran ist dann versucht worden, einen für die Intentionen des Gesetzbuches brauchbaren Begriff der Erklärung aufzustellen. Es ist nun die Frage weiter zu verfolgen, in welchem positiven Momente das B. G.B. den Unterschied zwischen ausdrücklichen und stillschweigenden Erklärungen sieht. Sind auch hierfür keine bestimmten Anhaltspunkte im Gesetze vorhanden, so muß es doch einen Maßstab geben, der hier der Untersuchung die Richtung weist: es sind das einmal die Bedürfnisse der, wenn ich so sagen darf, immanenten Systematik des Gesetzes, und zweitens die mit Unrecht geschmähte Natur der Sache, die in den Dingen liegende Vernunft. Freilich verschwindet auch bei Anlegung dieser Maßstäbe nicht alles Subjektive aus der Untersuchung, und die folgende Scheidung, welche die Grenze zwischen den Erklärungen durch Worte und den Erklärungen durch Werke, um mit Hartmann zu sprechen, zieht, kann deshalb nicht auf objektive Richtigkeit, sondern nur darauf Anspruch machen, daß sie nach der Meinung des Verfassers den eben angelegten Maßstäben am besten gerecht wird. Die Natur der Sache fordert diese Scheidung deshalb, weil das gesprochene und geschriebene Wort die Erklärungsform κατ' ἐξοχήν ist,[65]) weil Worte

[63]) Gerade in diesen Fällen wird übrigens die Möglichkeit der Anfechtung wegen Irrthums alle sich etwa aus der Theorie ergebenden Härten beseitigen.

[64]) Vergl. Dernburg, Pandekten Bd. I § 99.

[65]) Hartmann, Werk und Wille a. a. O. S. 166.

keinen anderen Zweck haben, als der Offenbarung menschlicher Gedanken, sei es in der Richtung des Intellekts, des Fühlens oder des Wollens, zu dienen, während, wenn eine Erklärung in anderer Weise als durch Worte abgegeben wird, der Erklärungszweck objektiv immer nur Nebenzweck der betreffenden Handlung sein kann, niemals aber ihr Hauptzweck ist. Die juristische Dogmatik wird immer die besten Resultate erreichen, wenn sie solche in die Augen springenden natürlichen Unterschiede nicht unbeachtet läßt, sondern sich in ihren Konstruktionen möglichst an sie anschließt. Die vorgeschlagene Scheidung entspricht aber auch am besten der technischen Behandlung, die das Gesetzbuch den Willenserklärungen im Allgemeinen angedeihen läßt. Da für die weitaus zahlreichsten Willenserklärungen das Erforderniß der Empfangsbedürftigkeit besteht, so werden sie gemäß § 130 B. G.B. wenigstens unter Abwesenden erst dann wirksam, wenn sie dem Anderen zugehen. Nun ist erstens, wie Cosack[66]) richtig bemerkt, diese Vorschrift analog auf Erklärungen unter Anwesenden anzuwenden, und zweitens spielen die stillschweigenden Erklärungen unter Abwesenden jedenfalls eine größere Rolle als unter Anwesenden. Es leuchtet aber ein, daß die Erfordernisse des Zugehens, und zwar namentlich unter Abwesenden, für Erklärungen durch Werke andere sind als für Erklärungen durch Worte. Mit Ausnahmen allerdings: denn in Fällen wie dem von Cosack (Lehrbuch S. 177) angeführten[67]) gilt allerdings von der in dem Zerreißen der Nießbrauchsurkunde liegenden Erklärung genau dasselbe wie von einer Worterklärung. Solche Fälle sind jedoch höchst selten, und es ist namentlich mit Cosack's Beispiel nicht der Fall zu identifiziren, wo eine Bestellung dadurch angenommen wird, daß die bestellten Waaren dem Besteller zugesandt werden: denn hier ist die Zusendung erst Erklärungsakt, nicht Mittheilungsakt, was sie in Cosack's Beispiel allerdings ist. Es ist auch ganz offensichtlich, daß die Regeln des Gesetzbuches über das Wirksamwerden der Willenserklärungen sich lediglich oder doch ganz vorzugsweise auf Worterklärungen beziehen, wie besonders die noch darzustellende Vorgeschichte dieser Materie ergiebt.

---

[66]) Lehrbuch § 59 Note 5.

[67]) „Dem Lieutenant A. ist ... an gewissen Werthpapieren von B. schriftlich der Nießbrauch bestellt; A. überwirft sich mit B. und schickt unter Beifügung der Werthpapiere die Urkunde, in welcher der Nießbrauch bestellt ist, zerrissen dem B. zurück; der ... Verzicht auf den Nießbrauch wird wirksam, sobald er dem B. »zugeht«."

Mit der Unterscheidung der ausdrücklichen und der stillschweigenden Erklärungen als Erklärungen durch Worte und solche durch Werke stimmt Cosack überein, indem er an zwei Stellen seines Lehrbuchs, wo er von stillschweigenden Erklärungen redet, diesem Ausdruck in Klammern die nähere Bezeichnung „wortlose" hinzufügt.[68]) Eine andere Unterscheidung stellt dagegen Planck auf.[69]) Nach Planck muß, damit eine ausdrückliche Erklärung vorliege, die Erklärungshandlung den Zweck haben, den in Frage stehenden Willen zu offenbaren, und entweder „nach der allgemeinen Auffassung des Lebens" oder „nach den besonderen unter den Betheiligten bestehenden Verhältnissen" geeignet sein, diesen Zweck zu erfüllen. Dies sei die Auffassung des B. G.B. Wenn eine Handlung wohl den Zweck hat, einen bestimmten Willen zu offenbaren, hierzu aber nicht geeignet ist, so liegt eine Erklärung überhaupt nicht vor (S. 162). Bei stillschweigenden Erklärungen oder dem, was man gewöhnlich so bezeichnet, handelt es sich dagegen „nicht um Handlungen, die zu dem Zwecke vorgenommen werden, den Willen kund zu thun, sondern um ein Verhalten, aus dem nach der Auffassung des Lebens geschlossen wird, daß der betreffende Wille vorhanden sei. Es liegt hier also nicht sowohl eine Erklärung, als vielmehr eine Bethätigung des Willens vor. Der Auffassung des Lebens würde es entschieden widerstreiten, wenn man einem solchen Verhalten nicht dieselbe rechtliche Wirkung beilegen wollte wie einer zum Zwecke der Erklärung des Willens vorgenommenen und dazu geeigneten Handlung" (S. 163). Nach den letzten Worten scheint Planck der Ansicht zu sein, daß die von ihm sogenannten Willensbethätigungen zur Erklärung des Willens weder bestimmt noch geeignet zu sein brauchen. Diese Theorie kann kaum für glücklich gehalten werden. Es würde allerdings der Thatsache gegenüber, daß das Bürgerliche Gesetzbuch die ausdrücklichen und stillschweigenden Erklärungen nicht unter praktisch verschiedene Rechtssätze stellt, wenig darauf ankommen, wie sich der einzelne Autor diese Begriffe zurechtlegt; es wird sich aber zeigen, daß Planck allerdings, und zwar m. E. zu Unrecht gegenüber den Intentionen des Gesetzes, praktische Unterschiede für das, was er

[68]) Lehrbuch S. 177 und 178.

[69]) Kommentar zum B.G.B. S. 162ff. Die nachfolgenden Aeußerungen Planck's sind nicht genau in der Reihenfolge, aber doch im Sinne des Originals wiedergegeben.

als Erklärungen und Bethätigungen des Willens bezeichnet, statuirt. Aus diesem Gesichtspunkte scheint eine Kritik seines Systems geboten. Was Planck unter ausdrücklicher Erklärung (Erklärung κατ' ἐξοχήν) versteht, kann offenbar nicht nur durch Worte, sondern auch auf andere Weise ins Werk gesetzt werden. Wo soll nun aber die Grenze sein zwischen Erklärungen der letzteren Art und Willensbethätigungen? Ob eine Handlung den Zweck hatte, einen bestimmten Willen zu offenbaren, wird sich im einzelnen Falle oft nicht ermitteln lassen;[70]) ob sie zur Willensoffenbarung geeignet war, darüber wird sehr häufig das subjektive Ermessen des Richters entscheiden müssen, der dann, je nachdem er in der Handlung eine Erklärung oder eine Bethätigung des Willens sieht, wenn er Planck folgt, entweder die nach diesem für die erstere oder die für die letztere geltenden Rechtssätze zur Anwendung bringen kann. Und ferner: ist es denn nicht ein Widerspruch, daß man seinen Willen bethätigen soll durch Handlungen, die an sich zur Offenbarung des Willens nicht geeignet sind? Es würde darnach die Annahme, daß im gegebenen Falle eine Willensbethätigung vorliege, auf eine reine Fiktion hinauslaufen. Oder soll unter Willensbethätigung nur etwas verstanden sein, wie das, was hier als Erklärung im objektiven Sinne bezeichnet worden ist, so daß das Geeignetsein nur von der Möglichkeit verstanden werden dürfte, mittels der betreffenden Handlung eine Erklärung im subjektiven Sinne abzugeben? Dann wäre wieder[71]) nicht einzusehen, wie der Gegensatz der Bethätigungen und Erklärungen mit dem zwischen ausdrücklichen und stillschweigenden Willenserklärungen zusammenfallen könnte. Endlich widerspricht Planck's Konstruktion dem, was oben über die ausschließliche Verwendung des konstruktiven Elementes der Erklärung im Kreise rechtsgeschäftlicher Rechtserzeugung gesagt ist; die Willensbethätigung ist ein Begriff, welcher der Systematik des Bürgerlichen Gesetzbuchs durchaus fremd ist. Schon aus diesem Grunde scheint mir Planck's Theorie nicht glücklich konstruirt zu sein;

[70]) Außerdem wird durch dieses Kriterium der Unterschied der ausdrücklichen und stillschweigenden Erklärungen mit dem anderen Unterschiede der Erklärungen im subjektiven und im objektiven Sinne in unzulässiger Weise vermengt. S. auch unten. Wie Planck übrigens auch Ehrlich a. a. O. z. B. S. 287.

[71]) Abgesehen von dem Denkfehler, daß etwas, was im objektiven Sinne als Erklärung sich darstellt, nicht auch in jedem Falle subjektiv Erklärung sein könnte.

auch hat sie keineswegs den Vorzug besonderer Einfachheit und Knappheit, und die Scheidung in Erklärungen durch Worte und Erklärungen ohne Worte verdient als die natürlichere jedenfalls den Vorzug.

Das tritt eben vor Allem hervor bei Anwendung der Regeln über das Wirksamwerden der empfangsbedürftigen Willenserklärungen. Solche stellt das B. G.B. zwar nur für Erklärungen unter Abwesenden auf; doch müssen diese analog auf Erklärungen unter Anwesenden angewandt werden. Der § 74 des I. Entwurfs bestimmte in dieser Beziehung:

> „Ist die Wirksamkeit einer Willenserklärung davon abhängig, daß sie gegenüber einem Betheiligten abgegeben wird (Empfänger der Willenserklärung), und erfolgt die Willenserklärung in Abwesenheit desselben, so wird zur Wirksamkeit erfordert, daß die ausdrückliche Willenserklärung ihm zukommt, die stillschweigende Willenserklärung zu seiner Kenntniß gelangt."

Der Abs. 3 desselben Paragraphen interessirt hier nicht, weil er der Sache nach nichts Verschiedenes für die beiden Arten der Erklärungen bestimmt, wie denn auch für den dort behandelten Fall eine natürliche Verschiedenheit derselben nicht existirt. Die Motive zum I. Entwurf[72]) lassen die in dem citirten Passus des § 74 beliebte verschiedene Behandlung der beiden Erklärungsarten ohne jede Begründung; ihnen erscheint die für das Wirksamwerden der stillschweigenden Willenserklärungen aufgestellte Regel selbstverständlich, und sie fassen offenbar die Empfangstheorie als eine Modifikation der Vernehmungstheorie auf, deren Anwendung höchstens bei den ausdrücklichen Erklärungen statthaft sein könnte. In der That hat der Standpunkt der Motive Vieles für sich, schon deshalb, weil die schon bei den ausdrücklichen Erklärungen schwierige Feststellung des Zeitpunkts des Zugehens bei den stillschweigenden Erklärungen naturgemäß noch größeren Schwierigkeiten begegnet als bei jenen. Die Kommission für die zweite Lesung stellte sich jedoch auf einen anderen Standpunkt und beschloß, „hinsichtlich des Zeitpunktes des Wirksamwerdens der einem Anderen gegenüber abzugebenden Willenserklärung zwischen stillschweigenden und ausdrücklichen Willenserklärungen nicht zu unterscheiden, sondern unterschiedslos den Zeitpunkt des Zugehens für maßgebend zu erklären".

---

[72]) Vergl. Bd. I S. 156ff.

Als Begründung wird angeführt: „Hinsichtlich des Zeitpunktes, in welchem eine stillschweigende Willenserklärung einem Abwesenden gegenüber als abgegeben zu gelten habe, glaubte die Kommission einer besonderen Bestimmung entrathen zu können; man ging von der Ansicht aus, daß, soweit Willenserklärungen, welche einem Anderen gegenüber abzugeben seien, überhaupt stillschweigend erfolgen könnten, bezüglich derselben gleichfalls die Empfangstheorie Platz zu greifen habe".[73]) Das ist eine Begründung, die genau dem Tenor des Beschlusses entspricht: es ist beschlossen, weil es beschlossen wurde. Die Triebfeder, welche die Kommissionsmitglieder zu diesem Beschlusse bewog, war höchstwahrscheinlich lediglich der Wunsch, die in Rede stehenden Vorschriften des Gesetzbuches nach Möglichkeit zu vereinfachen, ein Wunsch, der ja auch sonst, z. B. aus der Abfassung der Regeln über den Einfluß von Widerruf, Tod und Geschäftsunfähigkeit des Erklärungsurhebers, deutlich hervortritt. Die endgültige Fassung des Gesetzestextes steht auch hier wieder vollständig auf dem Boden der zweiten Lesung:

> „Eine Willenserklärung, die einem Anderen gegenüber abzugeben ist, wird, wenn sie in dessen Abwesenheit abgegeben wird, in dem Zeitpunkte wirksam, in welchem sie ihm zugeht" (§ 130 Abs. 1).

Eine Kritik dieser Vorschrift in Bezug auf ihre Zweckmäßigkeit für die stillschweigenden Willenserklärungen soll hier nicht geübt werden. Das ist aber zu betonen, daß man sie auch dann zu befolgen hat, wenn man sie für unzweckmäßig hält. Es ist entschieden unzutreffend, wenn Fischer[74]) sagt: „Bei Erklärung durch Schweigen oder schlüssige Handlungen ist [außer dem Zugehen] auch erforderlich, daß dieses Verhalten zur Kenntniß des Gegners gelangt." Einmal widerspricht das dem klaren Wortlaut des § 130 Abs. 1, der durchaus nicht zwischen ausdrücklichen und stillschweigenden Willenserklärungen unterscheidet, und ferner ist schon oben bemerkt worden, daß es ganz unmöglich ist, den gesetzgeberischen Willen, wenn er so deutlich erklärt ist wie im vorliegenden Falle, bei der Anwendung des Gesetzes außer Acht zu lassen, schon deswegen, weil man dann jeden sicheren Boden unter den Füßen verliert und sich dem Zufall und der Willkür da preisgegeben sieht,

[73]) Protokolle der Kommission für die zweite Lesung Bd. I S. 69.

[74]) Fischer und Henle, Kommentar zum B.G.B. Anm. 3 zu § 130.

wo das Walten eines planvollen gesetzgeberischen Gedankens an sich vollkommen feste und sichere Bahnen geschaffen hat.

Zu einem ähnlichen Resultat wie Fischer gelangt, freilich von anderem Ausgangspunkte, Planck, auf dessen ausführlich begründete Meinung näher einzugehen ist. Planck wirft die Frage auf, ob überhaupt eine empfangsbedürftige Erklärung stillschweigend abgegeben werden könne, und meint, daß die Bejahung dieser Frage mit der Natur der Willensbethätigungen (s. oben) kaum vereinbar wäre. Denn es sei Erforderniß der empfangsbedürftigen Erklärungen, daß die Absicht bestehe, sie zur Kenntniß des Empfängers zu bringen; bei der Willensbethätigung aber „fehlt ... die Absicht, den Willen zu erklären, und kann also auch die Absicht, eine solche Erklärung zur Kenntniß des Anderen zu bringen, nicht vorliegen".[75] Die Schlußfolgerung ist an sich richtig, die Prämisse aber, daß bei der Willensbethätigung die Absicht fehle, den Willen zu erklären, trifft eben nur für Willensbethätigungen im Planck'schen Sinne zu, und wenn sich daraus in Verbindung mit der nicht dem Ausdruck, aber der Sache nach richtigen anderen Prämisse, daß Erforderniß der empfangsbedürftigen Erklärungen die Absicht sei, sie zur Kenntniß des Anderen zu bringen, Schlüsse ergeben, die in ihren Konsequenzen in das System des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht hineinpassen, dann zeigt das eben, daß die Konstruktion der Willensbethätigungen nicht im Sinne des Gesetzes gedacht und deshalb zu verwerfen ist; denn eine fruchtbare Konstruktion im Gebiete unseres neuen bürgerlichen Rechts ist nur möglich, wenn sie sich auf dem Boden des Gesetzes selber hält. Und nun kann doch kaum angenommen werden, daß das B. G.B. prinzipiell stillschweigende Willenserklärungen zugelassen habe, um sie dann dadurch, daß es ihnen ebenfalls prinzipiell die Fähigkeit versagte, einem Anderen gegenüber abgegeben zu werden, gewissermaßen hinterrücks wieder zur Thür hinaus zu werfen, ganz abgesehen davon, daß eine solche Regelung dem Bedürfnisse des praktischen Lebens, wie es oben[76] geschildert worden ist, noch weniger entspräche, als das B. G.B. es thatsächlich thut.[77] So inkonsequent, wie Planck meint, verfährt das Gesetzbuch nicht, wenn es auch, wie sich ergeben wird, durch seine Regeln über die empfangs-

[75] Planck, Kommentar Bd. I S. 164.

[76] S. oben S. 187.

[77] S. unten.

bedürftigen Geschäfte die Wirksamkeit stillschweigender Erklärungen immerhin beeinträchtigt hat. Planck fühlt selbst das Abwegige seiner Konstruktion. Wenn bei der Willensbethätigung, führt er aus,[78]) wirklich einmal die Absicht bestehe, die Bethätigung zur Kenntniß des anderen Theils zu bringen, so liege nicht allein eine Bethätigung, sondern zugleich eine zum Zweck der Willenserklärung vorgenommene Handlung vor. Diese Ausnahmefälle genügten aber dem praktischen Bedürfnisse nicht. Es müsse daher auch in den anderen Fällen wirklicher Willensbethätigungen, die also nach dem Dargelegten die Erfordernisse einer empfangsbedürftigen Erklärung begrifflich nicht verwirklichen, nicht „zugehen" können, „eine genügende dem Anderen gegenüber abgegebene Erklärung des fraglichen Willens angenommen werden", und zwar zunächst in den Fällen, wo aus einer abgegebenen ausdrücklichen Willenserklärung auf einen anderen nicht erklärten Willen geschlossen werde. Hier sei die Willensbethätigung mit der Willenserklärung dann gleichwerthig, wenn „die Umstände, aus welchen auf den nicht ausdrücklich erklärten Willen geschlossen wird, beiden Theilen bei der Abgabe der Willenserklärung bekannt sind; der Erklärende konnte bei der Abgabe der Erklärung annehmen, daß der andere Theil aus ihr, in Verbindung mit den sonstigen Umständen, den nicht erklärten Willen entnehmen werde, und der andere Theil hat dies wirklich gethan". Zweifelhafter sei die Sache in allen anderen Fällen. „Man wird hier nur unter Berücksichtigung der Umstände des einzelnen Falles entscheiden können, ob eine Willensbethätigung als gleichwerthig mit der einem Anderen gegenüber abgegebenen ausdrücklichen Willenserklärung zu betrachten ist. Zu bejahen wird die Frage regelmäßig dann sein, wenn die Willensbethätigung in solcher Art erfolgt, daß der andere Theil sofort davon Kenntniß erhält." Im Uebrigen wird „in erster Linie die Natur der in Frage stehenden Willenserklärung und der Zweck, aus welchem die Empfangsbedürftigkeit gefordert wird, zu berücksichtigen sein". Ueberhaupt aber wird bei der Willensbethätigung, „nach der Natur derselben, ein dem Zugehen der ausdrücklichen Willenserklärung entsprechendes Verhältniß regelmäßig nur dann anzunehmen sein, wenn die Willenserklärung zur Kenntniß des Anderen gelangt. In einzelnen Fällen kann indeß auch hier ein früherer Zeitpunkt als der der Kenntniß entscheidend

[78]) Planck a. a. O. S. 164, 165.

sein".[79]) Für diese doch wirklich nicht einfache Theorie bietet nun das B.G.B. gar keinen Boden. Zuzugehen brauchen die Willensbethätigungen nicht, sie können überhaupt nicht einmal einem Anderen gegenüber abgegeben werden; falls sie an die Stelle einer empfangsbedürftigen Willenserklärung treten, so genügt, daß sie auf irgend welche Art zur Kenntniß des Anderen gelangen. Der Gedanke des Gesetzes ist damit jedenfalls vollkommen über Bord geworfen. Wollte Planck die Konsequenz aus seiner Konstruktion der Willensbethätigungen ziehen, so müßte er sagen, daß stillschweigende Erklärungen überall da Rechtsfolgen nicht zu erzeugen vermögen, wo es Erforderniß einer dazu geeigneten Willenserklärung ist, daß sie gegenüber einem Anderen abgegeben werde. Da dies im Gesetzbuch freilich zum Theil, aber auch nur zum Theil enthaltene Resultat allerdings unbefriedigend ist, so versucht er den ersten Fehler durch einen zweiten größeren zu verbessern, ohne doch — bei der Komplizirtheit seiner Theorie — den Bedürfnissen der Praxis, der er doch in erster Linie dienen will, Genüge zu thun.

Was nun das Erforderniß des Zugehens eigentlich bedeute, wann man eine Erklärung als zugegangen ansehen soll, ist schwer zu bestimmen. Das Gesetzbuch stellt keine Vorschrift darüber auf, und in den Motiven und Protokollen finden sich, so viel ich sehe, keine Anhaltspunkte. Bekker[80]) führt vier verschiedene Zeitpunkte an, in denen man das Moment des Zugehens für verwirklicht halten könnte. Man könne denken: „a) an den Augenblick, wo die Verkörperung der Willenserklärung (Brief, Telegramm 2c.) in den Gewaltbereich des Adressaten (z. B. Briefkasten) gelange, ohne daß dieser irgendwie darum wisse [womit der Besitz ausgeschlossen sei]; b) an den ersten Beginn des Wissens und Besitzwillens . . .; c) an das Erkennen der Züge der Aufschrift und das damit in der Regel verbundene Wissen des Zweckes des Briefes; d) an die Kenntniß des Inhalts". Die beiden letzten Momente wird man von vornherein deshalb ausscheiden müssen, weil sie den Gegensatz zwischen Empfangs- und Vernehmungstheorie verwischen, einen Gegensatz, den zu betonen gerade in der Absicht des Gesetzes liegt. Die unter a) und b) gemachten Vorschläge sind deshalb für das Bürgerliche Gesetzbuch nicht verwendbar, weil sie offensichtlich nur von ausdrücklichen Willenserklärungen reden, für die allein

[79]) a. a. O. S. 165.

[80]) Zusammenstellung Bd. VI S. 82.

der I. Entwurf, den Bekker im Auge hat, das Erforderniß des Zugehens aufstellt; übrigens beziehen sich auch Bekker's Auslassungen nur auf Erklärungen unter Abwesenden. Hölder[81]) meint: „Eine mir wirklich zugekommene Erklärung ist nichts anderes als eine für mich d. h. für mein Bewußtsein wirklich existirende . . . daß dagegen die [in dem in meinen Besitz gelangten, aber noch nicht geöffneten Brief enthaltene] Erklärung bereits mir zugekommen oder in meinen Besitz gelangt sei, läßt sich nicht sagen, da die Erklärung als solche ein Gegenstand meines Besitzes nur im Sinne einer in mein Bewußtsein aufgenommenen zu sein vermag." Wolle man trotzdem den Besitz des Briefes als Besitz der Erklärung behandeln, so dürfe doch der erstere den letzteren nur dann ersetzen, wenn der Empfänger seine Kenntnißnahme von dem Inhalt der Erklärung schuldhaft verzögert oder vereitelt habe. Das läuft ebenfalls auf eine nur modifizirte Vernehmungstheorie hinaus, wie sie z. B. auch von Zitelmann[82]) vertreten wird, die aber dem Sinne des Gesetzes, den beide Autoren auch nur kritisiren und nicht dogmatisch entwickeln wollen, nicht entspricht. Eine kurze und knappe Regel giebt Fischer:[83]) „Es genügt die Erlangung der thatsächlichen Gewalt." Wann aber ist diese bei stillschweigenden Erklärungen erlangt? Endemann[84]) definirt: „Zugehen bedeutet nach dem B.G.B. die Ankunft und das rechtliche Ergreifen der Erklärung." Er führt das näher dahin aus, daß es unerläßlich sei, „daß der Empfänger von der Erklärung Kenntniß erlangt hat oder er wenigstens in der thatsächlichen und rechtlichen Lage ist, sie sich anzueignen".[85]) Doch soll man das „zur Kenntniß nehmen" in dem Sinne auffassen, „daß ich mir eine Erklärung aneigne, als empfangen bescheinige, ohne daß es weiter auf die genauere Kenntniß des Inhaltes ankäme. Wenn wir dafür ebenfalls mit dem üblichen Sprachgebrauche sagen: der Brief ist mir zugegangen, so ist Sinn unserer Auslegung und Wortlaut des Gesetzes in Harmonie gebracht. Zugegangen ist er mir auch, ohne daß ich ihn gelesen habe und auch dann, wenn er in den von mir aufgestellten Briefkasten gelegt ist: denn auch hier erwerbe ich an ihm Besitz".[86])

[81]) Archiv für die civil. Pr. Bd. 73 S. 69 f.

[82]) Die Rechtsgeschäfte im Entwurf S. 103.

[83]) Kommentar von Fischer und Henle, Anm. 3 zu § 130.

[84]) Einführung in das Studium des B.G.B., 3. Aufl. § 67 S. 279.

[85]) a. a. O. S. 278.

[86]) a. a. O. S. 278 Anm. 2.

Zunächst ist mir nicht ganz klar, wie Endemann die letzten Worte mit der vorhergehenden Ablehnung der Briefkastentheorie, bei der dem Empfänger eine rein passive Rolle zugewiesen werde, vereinigen will. Ferner ist, da die eigentliche Definition doch recht unbestimmt ist, auch nicht völlig deutlich, wie Endemann z. B. den Fall behandeln wollte, daß der die Erklärung übermittelnde Brief zwar in den Briefkasten des Destinatärs gelegt, gleich darauf aber von einem unbefugten Dritten herausgenommen ist. Hat der Destinatär hier die Erklärung schon rechtlich ergriffen? Sicher ist jedenfalls, daß er weder von ihr Kenntniß erlangt hat, noch mehr als einen nicht in Betracht kommenden Augenblick lang in der thatsächlichen und rechtlichen Lage war, sie sich anzueignen. Der Brief wird daher nicht als zugegangen im Endemann'schen Sinne des Wortes angesehen werden können, und es erhellt, daß man den letztcitirten Passus seiner Aeußerungen über diesen Punkt nur sehr cum grano salis aufnehmen darf, und daß die Harmonie, die er zwischen seiner Ansicht und dem Gesetze hergestellt glaubt, thatsächlich nur mit dem Wortlaut, nicht aber mit dem Sinne des Gesetzes besteht. Das Wiedereinschmuggeln, wenn ich so sagen darf, der, thatsächlich doch von Endemann adoptirten, Vernehmungstheorie, indem man das Zugehen für identisch mit dem „Zur Kenntniß kommen" erklärt, widerspricht direkt dem Gesetze, da in den Motiven[87]) und Protokollen[88]) mit klaren Worten gesagt ist, daß die Empfangstheorie im Gegensatz zur Vernehmungstheorie sanktionirt werden solle. Endemann citirt selber eine Stelle der Protokolle, die sich mit seiner Definition unter keinen Umständen vereinigen läßt,[89]) aber er hält es nicht für erforderlich, ihr Beachtung zu schenken. Das ist jedoch, wie nochmals betont werden muß, nicht angängig. Es ist eine reine Fiktion, wenn man die Vorschriften unseres Gesetzbuchs als etwas in der Luft Schwebendes betrachtet, von dem Niemand weiß, von wannen es kam, wenn man sie völlig loslöst von der Willensmeinung derer, die sie gebildet haben; Leben, Sinn und Zusammenhang gewinnen sie erst, wenn man sie im Lichte der letzteren ansieht. Besonders da, wo nur so allgemeine Anhaltspunkte gegeben sind wie in dem von den Willenserklärungen handelnden Titel, würde bald eine Fülle der subjektivsten

[87]) Bd. I S. 157.

[88]) Bd. I S. 69.

[89]) a. a. O. S. 279 Anm. 3.

und willkürlichsten Theorien entstehen, wenn man von der Heranziehung des gesetzgeberischen Willens zur Interpretation abstrahirt, von dem aus doch allein das Gesetz begriffen werden kann und aus dem es, was durch nichts aus der Welt geschaffen wird, nun einmal entsprungen ist. Wenn sich übrigens Endemann für seine Ansicht noch darauf beruft, daß das im § 131 aufgestellte Erforderniß der Geschäftsfähigkeit des Empfängers nur auf dem Rechtsgedanken beruhen könne, daß er durch das Empfangen eine Rechtshandlung vollziehe, und daß deren Wirksamkeit von dem Verständnisse der jetzt geschaffenen Veränderung der Rechtslage abhängig gemacht sei,[90]) so erklärt sich die Vorschrift des § 131 doch einfach dadurch, daß normaler Weise die zugegangene Willenserklärung auch zur Kenntniß des Destinatärs kommen wird, und daß es dann allerdings höchst wünschenswerth ist, wenn bei diesem das von Endemann geforderte Verständniß besteht; damit steht es aber in keinem Zusammenhange, ob die Erklärung erst mit der Kenntnißnahme des Destinatärs oder schon in einem früheren Zeitpunkte Wirksamkeit gewinnen soll. — Für zutreffender als die von Endemann halte ich die Definition von Planck:[91]) „Als leitenden Gesichtspunkt wird man zu betrachten haben, daß Willenserklärungen der fraglichen Art [die einem Anderen gegenüber abzugeben sind] dann als zugegangen anzusehen sind, wenn derjenige, für welchen sie bestimmt sind, in die Lage gesetzt worden ist, daß er unter regelmäßigen Verhältnissen von der Willenserklärung sich Kenntniß verschaffen konnte.“ Auch hier aber scheint mir die Hinneigung zu der vom Gesetz ausdrücklich perhorrescirten Vernehmungstheorie vom Uebel. Es ist allerdings, wie schon hervorgehoben, richtig, daß eine zugegangene Willenserklärung regelmäßig zur Kenntniß des Destinatärs gelangen wird; aber es ist nicht richtig, die Kenntniß oder die Möglichkeit der Kenntnißnahme zum Ausgangspunkte der Definition des Begriffes „zugehen“ zu machen, angesichts des Umstandes, daß dieser Begriff nach der Intention des Gesetzes einen Gegensatz zu dem „zur Kenntniß kommen“ bedeutet. Besser würde der Begriff etwa dadurch umschrieben werden, daß man sagte: eine Willenserklärung ist dann als zugegangen anzusehen, wenn ein sinnlich, besonders mit Auge und Ohr, wahrnehmbarer Eindruck von ihr nicht, wie Endemann will, in die Rechtssphäre, sondern in

[90]) a. a. O. S. 278.

[91]) Kommentar S. 164.

die äußere Machtsphäre des Destinatärs gelangt ist, d. h. in den Bereich seiner eigenen Sinne oder in den Kreis der Personen und Sachen, welche die nähere Umgebung und die Basis seiner Lebensführung bilden. Es ist richtig, daß er unter regelmäßigen Verhältnissen die Möglichkeit hat, sich Kenntniß von einer in diesem Sinne zugegangenen Erklärung zu verschaffen; aber es ist unrichtig, diese Kenntniß zum Kriterium der Begriffsbildung zu machen. Hinzuzufügen ist der so gegebenen Definition noch, daß eine Willenserklärung nur dann im Rechtssinne zugehen kann, wenn sie von vornherein seitens des Erklärenden in der Richtung auf den Empfänger abgegeben, ihm gegenüber vorgenommen wird.[92]) Wenn ein Eindruck von der Erklärung also nicht durch dahin zielende Thätigkeit des Erklärenden, sondern durch bloßen Zufall in den Machtbereich des Empfängers gelangt, ist ein wesentliches Moment der Wirksamkeit einer empfangsbedürftigen Erklärung nicht gegeben; für nicht empfangsbedürftige Erklärungen aber ist es müßig, von einem Zugehen zu reden, da für sie dies Erforderniß nicht besteht. Unzutreffend ist übrigens nach dem Gesagten der Ausdruck Planck's,[93]) daß der Erklärende die Absicht haben müsse, seine Erklärung zur Kenntniß des Destinatärs zu bringen. Die Motive zum I. Entwurf[94]) führten dies allerdings mit Bezug auf die stillschweigenden Willenserklärungen aus; aber dies erklärt sich daraus, daß für diese im Entwurf die Vernehmungstheorie adoptirt war. Nach Annahme der Empfangstheorie kann es sich nur um die Absicht des Erklärenden handeln, seine Erklärung in den Machtbereich des Destinatärs zu bringen.

Die vorstehenden Ausführungen sollten vor Allem die Unterscheidung der ausdrücklichen und der stillschweigenden Erklärungen als solcher durch Worte und durch anderweite Erklärungsmittel rechtfertigen. Die für die empfangsbedürftigen Erklärungen unter Abwesenden — die Erklärungen unter Anwesenden kommen weniger in Betracht — aufgestellten technischen Regeln sind, wie auch schon die Vorgeschichte des Gesetzes ergiebt, wesentlich gemünzt auf Erklärungen durch Worte, die sich in einer sinnlich greifbaren Form verkörpern lassen und deren Ver-

[92]) Selbstverständlich gilt das von stillschweigenden so gut wie von ausdrücklichen Erklärungen. Vergl. z. B. Regelsberger, Die Vorverhandlungen bei Verträgen S. 9 ff. Das B.G.B. weicht davon nicht ab.

[93]) Kommentar Bd. I S. 164.

[94]) Bd. I S. 158.

körperung durch einen Zusendungsakt an den Destinatär gelangen kann. Bei keiner Erklärung, die in anderer Weise als durch Worte geschieht, ist diese Möglichkeit in solchem Maße vorhanden. Die wortlose Erklärung als solche kann ich keinem Briefe, keinem Boten anvertrauen; der Akt der Uebermittelung an den Destinatär vollzieht sich nicht plastisch, deutlich, greifbar, wie bei den Worterklärungen; der Augenblick des Zugehens kann nicht mit so positiver Sicherheit wie bei diesen bestimmt werden; die Umrisse des Geschehens verschwimmen mehr, und das juristische Urtheil, ob im gegebenen Falle eine wirksame Erklärung vorliege, muß sich auf weniger sichere Anhaltspunkte stützen. Das Alles bietet m. E. einen deutlichen Fingerzeig dafür, daß es richtig ist, die Grenze zwischen ausdrücklichen und stillschweigenden Erklärungen so zu ziehen, wie es hier geschehen ist, abgesehen von der in die Augen springenden Natürlichkeit dieser Scheidung. Prinzipiell zwar — und damit möchte ich meine Polemik gegen Planck[95]) motiviren — können empfangsbedürftige Willenserklärungen stillschweigend abgegeben werden. Praktisch aber ist diese Form ihrer Abgabe erschwert durch die größere Schwierigkeit, die technischen Regeln über die Wirksamkeit der Erklärungen auf sie anzuwenden. In vielen Fällen wird man, wo eine empfangsbedürftige Erklärung erfordert wird, einer stillschweigenden Erklärung die Wirkungskraft überhaupt absprechen müssen. Namentlich wird sich bei einer solchen das Erforderniß der Richtung auf den Destinatär nicht immer konstatiren lassen.[96]) Wenn es auch Fälle der stillschweigenden Erklärung giebt, die sich technisch genau so behandeln lassen, wie ausdrückliche, und wenn es zahlreiche andere Fälle giebt, in denen eine solche Behandlung trotz größerer Unsicherheit der in Betracht kommenden Punkte doch noch möglich ist, so sind andererseits solche denkbar, in denen von einer Abgabe der Erklärung gegenüber dem betheiligten Anderen schlechterdings nicht gesprochen werden und wo deshalb auch von einem Zugehen nicht die Rede sein kann. Zwar wird diese Konsequenz der technischen Regeln des Gesetzbuches erheblich modifizirt durch die Vorschrift des § 151, der für den besonders wichtigen Fall der Annahmeerklärung das Erforderniß der Empfangsbedürftigkeit aufhebt; wenn sich diese Bestimmung auch nicht, wie

---

[95]) S. oben S. 209.

[96]) Vergl. auch Schloßmann, Vertrag S. 63.

Endemann[97]) richtig bemerkt, speziell auf die stillschweigende Willenserklärung bezieht, so ist sie doch thatsächlich nur für diese von erheblicher Bedeutung. Jedoch bleibt das bestehen, daß de facto in vielen Fällen eine wortlose Erklärung unwirksam bleiben muß, weil sie den an eine empfangsbedürftige Erklärung zu stellenden Anforderungen nicht zu genügen vermag. Das ist m. E. aber der beste Beweis, daß ein thatsächlicher Unterschied zwischen den wortlosen und den Worterklärungen besteht, dem die auch sonst begründete, hier vorgeschlagene Abgrenzung der ausdrücklichen und der stillschweigenden Erklärungen Rechnung trägt. Andererseits ist es nicht möglich, mit Planck[98]) die von ihm sogenannten Willensbethätigungen, bei denen die Absicht der Erklärung und mithin auch die Absicht der Abgabe gegenüber dem Anderen begrifflich fehle, den ausdrücklichen Erklärungen als gleichwerthig zu behandeln; es widerspricht das dem Sinn und Wortlaut des Gesetzes. Wenn Planck[99]) z. B. in der Erlaubniß, welche der gesetzliche Vertreter dem Minderjährigen ertheilt, die von diesem gekaufte Sache zu verbrauchen, eine ausreichende Bethätigung des Genehmigungswillens sieht, die der dem Minderjährigen gegenüber (ausdrücklich) erklärten Genehmigung gleichwerthig sei, so könnte das doch nur für den Fall gelten, daß die jedenfalls vorliegende objektive Erklärung der Genehmigung zugleich eine solche in subjektivem Sinne ist: denn nur dann kann die Absicht der Abgabe gegenüber dem Anderen (hier dem Minderjährigen) vorhanden sein. So kommen wir übrigens durch das Erforderniß der Empfangsbedürftigkeit zu dem unerwünschten Resultat, doch wieder auf das Vorliegen der Erklärungsabsicht rekurriren zu müssen, die sich gerade bei stillschweigenden Erklärungen nicht immer leicht ermitteln lassen wird, wenn wir auch deswegen nicht gezwungen sind, aus diesem Grunde und nach diesem Kriterium ausdrückliche und stillschweigende Erklärungen zu scheiden. Denn — um darauf noch einmal zurückzukommen — wo das nicht in dem Begriff der Erklärung selber liegende[100]) Erforderniß der Empfangsbedürftigkeit keine Rolle spielt, ist auch das Vorhandensein der Erklärungsabsicht gänzlich irrelevant; sieht man also von jenem Erforderniß ab, so bleibt doch die Trennung in wörtliche

---

[97]) Einführung, 3. Aufl. § 69 Anm. 9 (S. 288).

[98]) S. oben S. 205.

[99]) Kommentar a. a. O. S. 165.

[100]) Willenserklärung ist nicht Willensmittheilung.

und wortlose Erklärungen als die einzig richtige bestehen. Und andererseits ist es ja gerade die technische Behandlung der empfangsbedürftigen Erklärungen, welche diese Scheidung rechtfertigt, so daß in dem eben berührten Mißstande kein Grund liegt, um des Erfordernisses der Empfangsbedürftigkeit willen zu der alten Unterscheidung zurückzukehren, die wir um ihrer selbst willen nicht beibehalten können.

Mit dem Vorstehenden dürfte in der Hauptsache erledigt sein, was sich in dogmatischer Beziehung über die Stellung der stillschweigenden Willenserklärungen im B. G.B. sagen läßt. Auf die zahlreichen und interessanten praktischen Einzelfragen, die sich an diesen Begriff knüpfen, soll nicht weiter eingegangen werden, namentlich nicht auf die Behandlung des Erklärens durch Schweigen, ein Fall, den ich selbstverständlich den stillschweigenden Erklärungen zuzähle. Es kam mir vor Allem auch darauf an, hervorzuheben, daß die systematische Entwickelung unseres neuen Bürgerlichen Rechts nicht auf mehr oder weniger subjektiven Konstruktionen beruhen darf, sondern in den Anhaltspunkten, die das Gesetz selbst und seine Vorarbeiten geben, ihre Stütze suchen muß. Solches scheint mir namentlich auch deshalb wünschenswerth, damit die nothwendige Uebereinstimmung zwischen Wissenschaft und Praxis gewahrt bleibe; denn es ist kaum anzunehmen, daß die letztere, einem modernen Gesetzbuche gegenüber, sich von dem durch den Gesetzgeber ihr bereiteten Boden in irgend welcher Beziehung wird entfernen wollen.

5.

Beitrag zur Lehre von der Testamentserrichtung nach dem B. G.B.

Von **Dr. Wilhelm Bruck** in Berlin.

Herr Professor Dr. Stammler hat in Nr. 22, Jahrgang 1897, der Deutschen Juristen-Zeitung, S. 434 ff., die nach § 2231 B. G.B. scheinbar mit vollkommener Klarheit beantwortete Frage nach den Formen der Testamentserrichtung einer eingehenden Erörterung unterworfen und er ist hierbei zu dem auffallenden Ergebniß gekommen, daß nach dem 1. Januar 1900 — dem Tage des Inkrafttretens des B. G.B. — Testamente in Deutschland keineswegs überall entweder gerichtlich oder notariell oder privatschriftlich mit Rechswirksamkeit errichtet werden können, sondern, daß es in Gemäßheit des Art. 141 E.G. z. B. G.B. in denjenigen Rechtsgebieten, wo bisher Testamente nur gerichtlich errichtet werden konnten, zunächst bei diesem Rechtszustand verbleibt, und daß es erst die Aufgabe der Ausführungsgesetze zum B. G.B. sein wird, die notarielle Testamentserrichtung neben der gerichtlichen wahlweise zuzulassen.

Sollte demnach das Preußische Ausführungsgesetz eine derartige Bestimmung nicht enthalten, so würden im Geltungsgebiete des Preußischen Allgemeinen Landrechts, welches bekanntlich nur das gerichtliche Testament als die regelmäßige Form des Testaments kennt, (vergl. §§ 66 ff. I, 12) auch fortan nach wie vor nur gerichtliche Testamente Geltung haben, notarielle Testamente dagegen ungültig sein.

Bei der ungeheueren Wichtigkeit, die eine Beantwortung und Klarstellung dieser Frage für sich in Anspruch nehmen kann, sei es gestattet, folgende Bedenken gegenüber den Stammler'schen Ausführungen vorzubringen.

1. Stammler giebt zu, daß der Art. 141 E.G. z. B. G.B., dessen Eingangsworte lauten:

„Die Landesgesetze können bestimmen ....“ seinem Wortlaute nach das bisherige Landesrecht nicht aufrecht zu erhalten, sondern

nur das *zukünftige* Landesrecht zu betreffen scheine, er ist jedoch der Ansicht, daß dieser Zweifel durch Art. 3 E.G. z. B.G.B. erledigt werde, indem dort gesagt sei:

> „Soweit in dem Bürgerlichen Gesetzbuch oder in diesem Gesetze die Regelung den Landesgesetzen vorbehalten oder bestimmt ist, daß landesgesetzliche Vorschriften unberührt bleiben oder erlassen werden können, bleiben die bestehenden landesgesetzlichen Vorschriften in Kraft und können neue landesgesetzliche Vorschriften erlassen werden."

Stammler versteht nämlich diesen Art. 3 dahin, daß es überhaupt nicht mehr auf die Wortfassung eines Artikels, sondern nur darauf ankomme, ob in *irgend einer Form* dem Landesrechte ein sachlicher Vorbehalt gemacht sei, um ebensowohl das bestehende Recht aufrecht zu erhalten, wie künftige Rechtsbildung zu gestatten.

Sollte der Artikel diesen Sinn haben, so könnte man ihn keineswegs für geeignet erachten, die Zweifel hinsichtlich der Bedeutung der für die sogen. landesrechtlichen „Vorbehalte" gebrauchten Formeln zu beseitigen. Versteht man ihn indessen im Sinne der folgenden Erörterung, so dürfte er allerdings, wie die Motive zum Entwurf des E.G. zum E. I S. 64 (zu Art. 3) betonen, die Ausdrucksweise des Gesetzes in geeigneter Weise verständlich machen.

2. Der Art. 3 E.G. unterscheidet *drei* Arten von Wortwendungen, die sich im B.G.B. und im E.G. finden:

a) die den Landesgesetzen „*vorbehaltene*" Regelung,

b) die landesgesetzlichen Vorschriften, welche „*unberührt*" bleiben und c) diejenigen, welche „*erlassen werden können*".

Diese drei Kategorien finden sich im Vordersatz des Art. 3. Wenn nun der Nachsatz hierzu lautet: „.... bleiben die bestehenden landesgesetzlichen Vorschriften in Kraft und können neue landesgesetzliche Vorschriften erlassen werden", so entsteht bei der Interpretation die Frage, ob jede der *drei* im Vordersatz enthaltenen Wendungen im Sinne *beider* im Nachsatz stehenden Alternativen zu verstehen ist, oder ob jene Formeln nur dann beide Möglichkeiten enthalten, wenn es *sprachlich* möglich ist, jede von ihnen im Sinne jeder von beiden Alternativen zu verstehen.

Zur näheren Erläuterung sei Folgendes bemerkt:

a) Der Vordersatz des Art. 3 sagt zunächst: „Soweit in dem Bürgerlichen Gesetzbuch oder in diesem Gesetze die Regelung

den Landesgesetzen vorbehalten .... ist". Diese Formel soll nach dem Nachsatz die Bedeutung haben, daß die bestehenden landesgesetzlichen Vorschriften in Kraft bleiben und neue landesgesetzliche Vorschriften erlassen werden können. Und man kann sie ihr mühelos beilegen, ohne der Sprache Gewalt anzuthun. Das Wort „Vorbehalt" deutet allerdings in erster Linie auf das hin, was der Zukunft überlassen bleiben soll. Man könnte also einen „Vorbehalt" für die Landesgesetzgebung dahin verstehen, daß diese nur in Zukunft zum Erlaß neuer Gesetze ermächtigt sein sollte. Allein, ein „Vorbehalt" enthält eine deutliche Beziehung zur Vergangenheit. Durch einen Vorbehalt soll etwas erhalten werden, was bereits Existenz hat. Ein „Vorbehalt" sichert die spätere Geltendmachung eines Rechts, das schon vor diesem Zeitpunkte zur Entstehung gelangt ist. (Vergl. z. B. § 160 I, 16 A.L.R.) Man kann also durch die Formel „es bleibt der Landesgesetzgebung vorbehalten" sehr wohl zum Ausdruck bringen, daß nicht nur neue Gesetze erlassen werden können, sondern daß die in der Vergangenheit bereits erlassenen bestehen bleiben sollen.

b) Sodann sagt der Vordersatz des Art. 3: „Soweit .... bestimmt ist, daß landesgesetzliche Vorschriften unberührt bleiben", und diese Formel ist allbekannt aus der bisherigen Reichsgesetzgebung. Sie ist die eigentliche Veranlassung des Art. 3, denn ihre Auslegung rief zuerst die Zweifel wach, die zu den Reichsgerichtsentscheidungen in Bd. 7 S. 348 und S. 399 ff. hinführten, (vergl. die Motive zum E.G. S. 64 (E. I) und dies legte wiederum den Gedanken nahe, durch authentische Interpretation im Gesetze selbst derartigen und ähnlichen Zweifeln für die Zukunft vorzubeugen. Mit Rücksicht auf diese Entstehungsgeschichte ist es dann einleuchtend, wenn der Nachsatz die Worte „unberührt bleiben" dahin erklärt, daß sowohl die bestehenden landesgesetzlichen Vorschriften in Kraft bleiben und neue landesgesetzliche Vorschriften erlassen werden können. Denn schon das Reichsgericht hat in Bd. 7 S. 348 ausgeführt, daß durch jene Formel, die sich ja zunächst nur auf die zur Zeit der Emanation des Gesetzes bereits bestehenden landesgesetzlichen Vorschriften

beziehe, auch der zukünftige Erlaß solcher Vorschriften nicht ausgeschlossen sein solle und die Theorie hat sich dem fast ohne Widerspruch angeschlossen. Die Formel „unberührt bleiben" hatte mithin nach dem Sprachgebrauch unserer Reichsgesetzgebung schon vor dem Erlaß des E.G. z. B.G.B. die feststehende Bedeutung, daß das Landesgesetz an dieser vom Reichsgesetz unberührt gebliebenen Stelle das letztere ergänzen dürfe und zwar ebenso durch seine bisherigen, wie durch seine zukünftigen Bestimmungen.

c) Wenn es nun möglich war, die beiden ersten Formeln des Vordersatzes des Art. 3 im Sinne beider Alternativen des Nachsatzes zu verstehen, so versagt dies bei der dritten Formel: es können erlassen werden. Daß etwas erlassen werden kann, was bereits besteht, ist sprachlich und logisch nicht denkbar. Ein Gesetz, das bereits in Geltung ist, kann nicht noch einmal erlassen werden, oder der zweite Erlassungsakt wäre ohne jeglichen Rechtseffekt. Und ein Gesetz, das erst erlassen werden kann, ist eben noch nicht erlassen worden. Es ist also unmöglich, diese Formel dahin aufzufassen, als habe der Gesetzgeber dadurch sowohl die Aufrechterhaltung der bestehenden wie den Erlaß neuer landesrechtlicher Normen bezeichnen wollen, man kann vielmehr den Inhalt des Artikels nach dieser Richtung nur dahin feststellen: „Soweit .... bestimmt ist, daß landesgesetzliche Vorschriften .... erlassen werden können .... können neue landesgesetzliche Vorschriften erlassen werden."

3. Bei Zugrundelegung des Art. 3 E.G. gewinnt also Art. 141 E.G. keineswegs die ihm von Stammler beigelegte Bedeutung. Es kommt aber hinzu, daß Art. 141 überhaupt dem Wortlaute nach aus Art. 3 E.G. nicht erklärt werden kann, weil er eine andere Formel enthält, die unter den im Art. 3 aufgeführten nicht vorkommt. Art. 3 sagt nämlich:

Die Landesgesetze „können bestimmen" und wie diese Formel zu verstehen ist, erklärt Art. 3 überhaupt nicht. Man kann deshalb bei ihrer Auslegung getrost dem Sprachgebrauch und den übrigen Hülfsmitteln der Interpretation folgen, ohne den Vorwurf zu fürchten, den Art. 3 E.G. dadurch zu verletzen. Das Resultat bleibt jedoch auch hier dasselbe.

Zunächst ist die Stellung des Art. 141 im System des E.G. zu

berücksichtigen. Die überwiegende Mehrzahl aller im 3. Abschnitt des E.G. enthaltenen Artikel, zu denen auch Art. 141 gehört, beginnt mit den Worten „Unberührt bleiben". Es folgen hier in fast endlosem Kataloge die landesrechtlichen Vorbehalte und immer wieder findet sich die gedachte stereotype Eingangsformel, mitunter 20 bis 30 Mal hinter einander. Unvermittelt hierzu bringt Art. 141 die Wendung: „die Landesgesetze können bestimmen"! Es wäre zwecklos gewesen, von dem Sprachgebrauch der voraufgegangenen Artikel plötzlich ohne Grund abzugehen. Sollte es wirklich wahr sein, daß sich der Gesetzgeber mit Hülfe des Art. 3 E.G. einen Freibrief für „eine gewisse Sorglosigkeit der Redaktion" (Worte Stammlers a. a. O.) geschaffen hätte, dann hat er hier von der Generalvollmacht, die er sich selbst ertheilt hat, einen geradezu staunenswerthen Gebrauch gemacht. Ein fester Sprachgebrauch zeichnet heute unsere Gesetzgebung aus. Es ist dies eine Errungenschaft für das Verständniß der Gesetze, die im Vergleich zu der früheren Gesetzgebung nicht hoch genug angeschlagen werden kann. Wie ist es nun denkbar, daß der Gesetzgeber im Art. 141 der anders gefaßten Eingangsformel denselben Sinn beigelegt haben soll wie den davon verschiedenen Formeln der zahlreichen vorhergehenden Artikel! Warum sagte er nicht auch hier: „Unberührt bleiben die Landesgesetze", um damit unzweideutig die Tragweite des landesrechtlichen Vorbehalts zu bezeichnen? Es ist daher wohl nicht zu gewagt, schon aus dieser Thatsache den Schluß zu ziehen, daß dem Art. 141 eine andere gesetzgeberische Absicht wie den voraufgehenden Artikeln zu Grunde liegt.

In zweiter Linie ist auf die Materialien des Gesetzes zurückzugehen. Wenn Stammler daraus, daß Art. 91 des E. I, der dem jetzigen Art. 141 E.G. entsprach, den üblichen Ausdruck „unberührt bleiben" enthielt, folgern will, daß die Worte „können bestimmen" dasselbe bedeuten müssen, so ist dem nicht beizustimmen. Es ist dann gerade mit Rücksicht auf die oben besprochene Stellung des Art. 141 in einem System von Artikeln, die sämmtlich die Formel „unberührt bleiben" enthalten, um so auffallender, daß man die ursprüngliche Fassung des Art. 91 umgeändert hat, und es legt dies die Vermuthung nahe, daß man nicht nur redaktionell etwas ändern, sondern sachlich eine Neugestaltung vornehmen wollte. Dies scheinen denn auch die in den Motiven verstreuten Bemerkungen hierüber anzudeuten. Dem § 1914 E. I, der die Testamentsformen bestimmte, und dem

§ 2231 B. G.B., abgesehen von der hierin enthaltenen Zulassung des holographischen Testamentes, entsprach, war die offizielle Anmerkung hinzugefügt: „Das Einführungsgesetz wird vorsehen, daß die Landesgesetze die Richter oder die Notare (nicht beide zugleich) von der Testamentserrichtung ausschließen dürfen“, und die Motive (Bd. V S. 260) erläuterten dies dahin, daß das Einführungsgesetz die Landesgesetze ermächtigen sollte, zu bestimmen, ob die Beurkundung der Testamente nur durch das Gericht oder nur durch die Notare zu erfolgen habe. Daß man aber hierbei nicht an das bereits bestehende Landesrecht, sondern lediglich an das erst künftig zu erlassende dachte, ergiebt die Bemerkung der Motive Bd. V S. 693, (in Bezug genommen in den Motiven zum E.G. I E. zu Art. 91 S. 234), die sich des Näheren darüber verbreitet, in welcher Weise die Landesgesetzgebung die angemessene Regelung der Materie durchzuführen haben werde. Das Gesetz wollte demnach mit dem Art. 141 nicht den alten Rechtszustand aufrechterhalten, sondern, indem es von der Thatsache ausging, daß es nicht in allen Theilen des Reiches Notare gäbe und wiederum in anderen Theilen die Gerichte zu Beurkundungen von Rechtsgeschäften nicht zuständig wären, wollte es der Landesgesetzgebung unbenommen lassen, eine der beiden im B. G.B. zugelassenen Arten der Beurkundung, die gerichtliche oder die notarielle, als die ausschließliche zu wählen, um so den neuen Rechtszustand der bestehenden Aemterverfassung anzupassen. (Vergl. auch Motive Bd. I S. 186, Bd. V S. 260.) Hiermit im Einklang steht die Bemerkung der Denkschrift zum B. G.B. (S. 429 bei Vahlen), daß die Landesgesetzgebung mit Rücksicht auf die Verschiedenheit der Verhältnisse ermächtigt werden sollte, die gerichtliche oder notarielle Form für die ausschließlich zulässige zu erklären.

Nirgends findet sich in den Materialien auch nur eine leise Andeutung, daß es zunächst bei dem bisherigen Rechtszustand verbleiben solle, überall scheint man nur an das zukünftige Landesrecht zu denken. Bei dieser Sachlage ist dem Resultat der Stammler'schen Ausführungen nicht beizutreten. Es ist indessen aus praktischen Gründen sein Vorschlag zu empfehlen, durch unzweideutige Bestimmungen in den Ausführungsgesetzen jeden, auch nur den leisesten Zweifel in dieser so überaus wichtigen Angelegenheit zu beseitigen. Sollten jedoch die Ausführungsgesetze hiervon absehen, so würden sich die Formen der Testamentserrichtung nach § 2231 B. G.B., nicht aber nach dem bisherigen Landesrecht normiren.

6.

Die Gesetzentwürfe betr. die Sicherung der Bauforderungen.

Von Rechtsanwalt **Dr. Harnier** in Kassel.

Die Frage einer gesetzlichen Sicherung der Bauforderungen, welche seit Jahren in den Parlamenten, sowie in gewerblichen und juristischen Kreisen der Erörterung unterliegt, ist neuerdings durch die Veröffentlichung zweier Gesetzentwürfe, eines Reichsgesetzes betr. die Sicherung der Bauforderungen, und eines preußischen Ausführungsgesetzes zu diesem Reichsgesetz nebst deren umfassender „Begründung" in neuen Fluß gebracht (Amtliche Ausgabe v. Deckers Verlag, Berlin 1897 und Sammlung amtlicher Veröffentlichungen aus dem Reichs- und Staatsanzeiger Nr. 33, Carl Heymanns Verlag). Rückhaltlose Billigung verdient darin zunächst die Kritik, welche die „Begründung" an den seitherigen anderweiten Vorschlägen einer gesetzlichen Lösung übt und durch welche die Undurchführbarkeit oder die Wirkungslosigkeit eines jeden einzelnen derselben überzeugend nachgewiesen wird. — Angesichts dieses, m. E. unbestreitbaren negativen Resultats fragt es sich nur noch, ob ein positives Resultat auf der Grundlage des Entwurfes zu erreichen ist. Die grundsätzliche Stellung desselben, nämlich Schaffung eines privatrechtlichen, nicht eines blos polizeilichen Schutzes in einer Form, welche versucht, die nothwendigen Grundlagen des modernen Grundbuchverkehres mit den Anforderungen an einen wirksamen Schutz der fraglichen Forderungen in Uebereinstimmung zu setzen, ist zu billigen. Der Versuch, den verlangten Schutz unter Abgrenzung des Baustellenwerthes gegen den durch den Bau geschaffenen Mehrwerth, aber unter angemessener Regelung der Stellung der Baugelder-Hypothek zu bewirken, eine Fortbildung der insbesondere von Baehr vielfach vertretenen Vorschläge, welche die den ursprünglichen Baehr'schen Gedanken entgegenstehenden Bedenken glücklich vermeidet, zeigt jedenfalls,

daß eine solche Lösung — im Gegensatz zu der vielfach, so noch im neuesten Band der Gutachten des Juristentages von Eckels entwickelten gegentheiligen Ansicht — möglich ist. Insofern ist die Frage durch die neuen Entwürfe auf alle Fälle wesentlich gefördert. Endgültig gelöst scheint sie aber noch nicht. Auch die jetzt gemachten Vorschläge dürften einer weiteren Fortbildung, namentlich nach der Seite einer wesentlichen Vereinfachung, fähig sein. Indem ich die Bekanntschaft mit den Entwürfen selbst voraussetze, erlaube ich mir, im Nachstehenden eine Reihe von wichtigen Punkten einer Erörterung zu unterziehen.

1. Daß der geplante gesetzliche Schutz nicht allgemein, sondern nur in den durch landesherrliche Verordnung zu bildenden „Neubaubezirken" gewährt werden soll, ist ein entschiedener Mangel des Entwurfs. Für zwei Neubauten, welche derselbe Unternehmer in derselben Stadt ausführen läßt, könnte ganz verschiedenes Recht zur Anwendung kommen! Die schwerfällige Organisation von Bauschöffenämtern zwecks Feststellung des Baustellenwerthes mag diese geplante Beschränkung zunächst rechtfertigen. Wenn man, wie ich unten darzulegen versuchen werde, ohne diese Bauschöffenämter und ohne Feststellung und Eintragung des Baustellenwerthes den Zweck des Gesetzes erreichen kann, wird es unbedenklich sein, dasselbe allgemein, nicht blos für solche landesherrlich anzuordnende Neubaubezirke, einzuführen.

2. Die Beschränkung des gesetzlichen Schutzes auf Neubauten ist entschieden zu billigen. Der Versuch, auch Umbauten in den Kreis des Gesetzes zu ziehen, ist aussichtslos, weil praktisch undurchführbar. Durch Beseitigung der jetzt herrschenden Mißstände auch nur bei Neubauten werden die jetzt erhobenen Klagen im Wesentlichen verstummen.

3. Die Begrenzung des Begriffes der Baugläubiger auf die Unternehmer des Bauwerks oder eines Theiles desselben, sowie die an dessen Herstellung auf Grund eines Dienstvertrages Betheiligten ist m. E. zu eng. Es wird unbedenklich sein, auch den, welcher Lieferungen für einen Neubau übernimmt, zu den Baugläubigern zu rechnen. Die — ohnehin sehr vorsichtig gehaltenen — Gründe, welche die „Begründung" gegen diese Ausdehnung geltend macht, erscheinen nicht stichhaltig. Soll verschiedenes Recht gelten, wenn der Dachdecker die Dachziegeln liefert oder wenn dieselben vom Baumaterialien-Händler direkt bezogen werden? Wenn die Schlösser vom Schlosser, die Thüren und Fenster vom Schreiner angefertigt oder wenn sie aus der Fabrik bezogen werden?

In den Vorschlägen, die ich vor einigen Jahren im hiesigen Handels- und Gewerbeverein eingehend begründete (veröffentlicht indessen im August 1897 bei L. Döll in Cassel erschienenen Bericht) bezeichnete ich als Baugläubiger alle, welche Arbeiten oder Lieferungen für einen Neubau übernehmen. Diese weitere Begrenzung dürfte entschieden vorzuziehen sein.

4. Die Vorschrift, die Ertheilung der polizeilichen Bauerlaubniß und die polizeiliche Abnahme des Baues ins Grundbuch einzutragen und in Verbindung damit eine Frist für die Anmeldung der Bauforderungen zu bestimmen, ist unbedingt richtig. Ob man diese Frist auf 6 Monate nach dem letzteren Zeitpunkt ausdehnen soll, ist eine untergeordnete Frage. Es wird kaum nöthig sein, so lange zu warten. Ebenso ist es eine untergeordnete Frage, ob der den Baugläubigern zu gewährende Schutz an die bloße Anmeldung und die daraufhin erfolgende „Berücksichtigung“ (§ 10) beim Eintrag der — auf wessen Namen? — einzutragenden Bauhypothek, ohne Eintrag der einzelnen Baugläubiger geknüpft sein, oder ob der Eintrag eines jeden Baugläubigers im Grundbuch erfolgen soll. Bedenklich aber ist es, daß der Entwurf auch für die Zurücknahme der Anmeldung die für Eintragsbewilligungen nach der Grundbuchordnung erforderliche Form vorschreibt. Das kann zu unendlichen Weitläufigkeiten führen, wenn vielleicht ein ganzer Rattenkönig von Anmeldungen vorliegt. Je mehr man — mit Recht — es dem Baugläubiger erleichtert, in das Grundbuch hineinzukommen, um so mehr muß es dem Bauschuldner erleichtert werden, ihn wieder herauszubekommen. In den erwähnten, s. Zt. von mir ausgearbeiteten Vorschlägen hatte ich deshalb eine Bestimmung des Inhalts aufgenommen, daß die zu Gunsten eines Baugläubigers im Grundbuch eingetragene Vormerkung .... Monate nach der baupolizeilichen Abnahme auf Antrag des Eigenthümers zu löschen sei, falls nicht der Gläubiger auf Aufforderung des Grundbuchrichters diesem innerhalb ..... Wochen nachweist, daß er wegen seiner Forderung Klage erhoben habe. Eine Bestimmung ähnlichen Inhalts scheint mir unbedingt geboten.

5. Der Rang der im Entwurf vorgeschlagenen Bauhypothek soll sich nach der Eintragung des Bauvermerks bestimmen (§ 15). Zur Erreichung des Zweckes des Gesetzes wäre dieser Eingriff in die Rangordnung nicht erforderlich gewesen.

Dieser Zweck würde vielmehr genügend durch die folgenden Bestimmungen gewahrt sein, daß die Bauhypothek in Ansehung des

den Baustellenwerth übersteigenden Theils des Meistgebots den voreingetragenen Rechten vorgehen soll. Mit der praktischen Folge, daß Baugelderhypotheken unter allen Umständen **vor** dem Bauvermerk eingetragen werden müssen, wird übrigens der Verkehr allenfalls wohl auskommen können.

6. Der wichtigste Punkt im ganzen Gesetz, das Vorzugsrecht der Bauhypothek im Fall der Zwangsversteigerung vor den voreingetragenen Rechten in Ansehung des den Baustellenwerth übersteigenden Theils des Meistgebots verdient grundsätzlich rückhaltlose Billigung, da die weiter unten zu besprechende Ausnahme zu Gunsten der Baugelder-Hypothek die sonst unvermeidlichen (und von **Baehr** nicht vermiedenen) nachtheiligen Folgen ausschließt. Fraglich aber ist, ob zur Erreichung dieses Zweckes die Feststellung des Baustellenwerthes durch Eintrag desselben im Grundbuch und die dadurch bedingte Schaffung der Bauschöffenämter &c. überhaupt erforderlich ist. Unzweifelhaft bedingt diese Feststellung eine Summe von Weitläufigkeiten, Belästigungen und Kosten auch für alle die Fälle, in denen es später zu einem Streit überhaupt nicht kommt. Dabei wird dem Bauschöffenamt von vornherein eine Machtbefugniß beigelegt, welche die weitgehendsten rechtlichen Folgen nach sich zieht, ohne daß doch ein genügender Schutz durch Rechtsmittel vorgesehen oder möglich wäre. Ich verneine die Nothwendigkeit der Eintragung des Baustellenwerthes und bin der Ansicht, daß im § 15 des Gesetzentwurfs das Wörtchen „eingetragenen" vor Baustellenwerth ohne Schaden gestrichen und damit das Gesetz von einem unendlichen überflüssigen Ballast befreit werden kann. Man braucht sich blos auf die Bestimmung zu beschränken, daß die der Bauhypothek vorgehenden Gläubiger ihr Vorzugsrecht im Fall des Bestreitens seitens der Baugläubiger nur insoweit geltend machen können, als sie **beweisen**, daß bereits das unbebaute Grundstück einen entsprechenden Werth hatte. Dem wäre die weitere Bestimmung hinzuzufügen, daß im Falle der Zwangsversteigerung solche von den Baugläubigern bestrittenen Rechte nur insoweit bei Feststellung des Mindestgebots und bei Aufstellung des Vertheilungsplans zu berücksichtigen sind, als ein solcher Werth von dem betreffenden Gläubiger **bescheinigt** wird. Für den soliden Verkehr ist eine solche Bescheinigung stets leicht zu beschaffen. Wer ein unbebautes Grundstück in den Grenzen seines wahren Werthes beliehen oder verkauft hat, wird ohne Weiteres bei einer späteren Zwangs-

versteigerung eine Taxe vorlegen können, welche diesen Werth ergiebt. Wenn aber über diese Grenzen hinaus Belastungen eingetragen sind, so haben die Baugläubiger oder die, welche zu solchen werden wollen, ihrerseits Grund zu einer gewissen Vorsicht. Wollen und sollen sie Schutz im Grundbuch und durch das Grundbuch erhalten, so mögen sie das Grundbuch zur rechten Zeit einsehen und in den Fällen, in welchen übermäßige Belastungen eingetragen zu sein scheinen, ihrerseits eine entsprechende Taxation veranlassen und nur dann Arbeiten oder Lieferungen übernehmen, wenn sie dadurch ein zuverlässiges Bild über den wahren Werth und somit den Höchstbetrag, mit dem die eingetragenen Belastnugen ihnen vorgehen können, gewonnen haben. Es wird aber in der Praxis einer solchen Prüfung voraussichtlich überhaupt kaum je bedürfen, denn das bloße Bestehen der vorgeschlagenen gesetzlichen Bestimmungen wird die Entstehung schwindelhafter Einträge verhüten.

So lange bei dem Bau alles gut geht, führt ja die Hypothek im Grundbuch ein rein theoretisches, beschauliches Dasein. Erst wenn es zu einer Zwangsversteigerung (oder Zwangsverwaltung) kommt, gewinnt sie im Kampf mit den widerstreitenden Interessen Leben und Bedeutung. Wer also in einem Eintrag einen wirksamen Schutz seiner Rechte in diesem Fall haben will, der wird sich den vom Gesetz ihm aufzuerlegenden Beweis bezw. die Bescheinigung des Werthes sichern, weil er sich sagen muß, daß ohne einen solchen seine Hypothek im kritischen Moment versagt und werthlos ist. Und wer nicht in der Lage ist, sich einen solchen Beweis zu sichern, der wird voraussichtlich auch kein praktisch werthloses Recht eintragen lassen.

Für die große Mehrheit aller Fälle ist damit ein Streit ausgeschlossen, ohne daß es der vorherigen Eintragung des Baustellenwerthes bedürfte. Wo aber doch ein Streit bleibt, wird derselbe unbedenklich ebenso auszufechten sein, wie andere Streitigkeiten über Mindestgebot (die bekanntlich überhaupt sehr geringe praktische Bedeutung haben!) oder Vertheilungsplan, d. h. im letzteren Fall durch Hinterlegung der streitig bleibenden Summe und Verweisung der Betheiligten auf den Prozeß, in welchem dann Meinungsverschiedenheiten über den Werth der Baustelle eingehend erörtert und unter Geltendmachung aller Rechtsmittel ausgetragen werden können. Daß aber solche Rechtsstreite nur in den allerseltensten Fällen geführt werden dürften, darüber wird

kein Zweifel bestehen! — Ganz zu vermeiden sind sie auch nach dem Entwurf nicht, da in dem dem § 15 analogen Fall des § 16 ein Streit über die Berücksichtigung einer voreingetragenen Baugelderhypothek auch nach dem Entwurf nur im Prozeßweg ausgetragen werden kann. Die Bedenken, welche die „Begründung“ (s. S. 12) gegen diese Art der Regelung ausspricht, sind nicht stichhaltig. Feststellung des Baustellenwerthes in jedem Falle und der mit ihr verbundene schwerfällige Apparat der Bauschöffenämter stellt im Ganzen eine Belastung des gewerblichen Lebens dar, welche viel lästiger sein würde, als die seltene Nothwendigkeit eines einzelnen Prozesses.

7. Von nicht minder großer Wichtigkeit ist endlich die in § 16 des Entwurfs geregelte Rechtsstellung der Baugelder-Hypotheken. In meinen mehrerwähnten Leitsätzen hatte ich den gleichen Gedanken in der Weise vertreten, daß ich dem voreingetragenen Gläubiger ein Vorzugsrecht gegenüber den Baugläubigern insoweit zubilligen wollte, als er nachweist (entweder daß bereits das unbebaute Grundstück einen entsprechenden Werth hatte, oder) daß er Zahlungen direkt an die Baugläubiger gemacht hat. Es handelt sich bezüglich der Baugelder praktisch natürlich nur um diejenigen Fälle, in denen es zu einem Zwangsverkauf kommt und dann, was nach den Erfahrungen der Praxis die Regel sein dürfte, ein den wirklichen Baukosten entsprechender Erlös nicht erzielt wird. Wenn ausnahmsweise im Zwangsverkauf ein solcher Erlös erzielt wird, erhält ja jeder Betheiligte sein Geld, und es ist kein Raum für einen Streit. Umgekehrt aber wird es in diesen Fällen, in denen ein Erlös in Höhe (natürlich des Baustellenwerthes und) der Baukosten zu erreichen ist, wohl nie zu einem Zwangsverkauf kommen, sondern dieser Erlös wird auf dem einfacheren, kürzeren und billigeren Wege des freiwilligen Verkaufs erzielt werden.

Der Zwangsverkauf wird also da eintreten, wo diese Selbstkosten nicht zu erzielen sind, sei es weil der Unternehmer sich verrechnet und einen unwirthschaftlichen Bau hergestellt hat, sei es weil er nicht genügende Mittel besitzt und ein Käufer, der den vollen Werth bietet, nicht zu finden ist. In diesen Fällen fragt es sich, wie der Widerstreit zwischen den Interessen des vorgehenden Baugeldgläubigers, der sein Geld zum Bau hingegeben hat, und der noch unbefriedigten Baugläubiger gelöst werden soll. Der Entwurf läßt den ersteren vorgehen — und zwar mit vollem Recht. Kein verständiger Mensch, kein solides Geld-

institut könnte überhaupt noch Baugelder gewähren, wenn ihm trotz der eingetragenen Hypothek die Theilnahme an solchen späteren Verlusten zugemuthet werden sollte. Andererseits ist das Interesse eines Schutzes gegen schwindelhafte Einträge oder gegen betrügliches Verfahren des Grundeigenthümers genügend gewahrt, wenn gesetzliche Vorsorge dafür getroffen ist, daß voreingetragene Darlehen auch thatsächlich in dem Bau verwendet werden und nicht etwa in den Taschen des Grundeigenthümers oder dritter Personen verschwinden.

Den Geldgebern erwächst aus einer solchen Vorschrift allerdings die Pflicht, sich um die Verwendung ihres Geldes zu kümmern. Die jetzige Praxis, nach welcher z. B. Hypothekenbanken lediglich nach Fortschreiten des Baues Baugelder an den Unternehmer auszahlen, wird nicht beibehalten werden können. Ein solcher Eingriff ist aber heilsam und nöthig, wenn überhaupt ein Nutzen erreicht werden soll, und der solide Verkehr wird sich denselben gefallen lassen können, ohne ernstlich geschädigt zu werden.

Bei der mehrerwähnten Erörterung des gleichen Vorschlags im Casseler Handels- und Gewerbe-Verein wurde seitens der Mitglieder desselben rückhaltslos anerkannt, daß dessen Durchführung keine unbillige Belastung des Verkehrs mit sich bringe.

Die praktische Gestaltung im Falle der Zwangsversteigerung muß auch hier die gleiche sein, wie im vorigen Fall des Streites über den Baustellenwerth. Der Baugeldgläubiger, dessen Forderung von den nachfolgenden Baugläubigern bestritten wird, muß die Auszahlung an Baugläubiger zunächst im Zwangsversteigerungsverfahren zwecks Berücksichtigung bei Mindestgebot und Vertheilungsplan bescheinigen, was durch Vorlage entsprechender Quittungen ohne Schwierigkeit möglich sein wird, und später, falls es trotz solcher Bescheinigung zu einem Rechtsstreit kommen sollte, in diesem regelrecht beweisen.

8. Endlich ließe sich noch eine wesentliche Vereinfachung des Gesetzes erreichen, wenn dasselbe auf den Fall der Zwangsversteigerung beschränkt, dagegen der Fall der Zwangsverwaltung ganz ausgeschlossen würde. Die Zwangsverwaltung hat, soweit meine Erfahrungen reichen, in der Praxis keine ausgedehnte Anwendung. Sie kommt wesentlich nur in Betracht als Zwischenmaßregel für die Zeit bis zur Durchführung einer gleichzeitig beantragten Zwangsversteigerung. In solchen Fällen handelt es sich um Miethen von 1—2 Vierteljahren. Jahrelang

durchgeführte Zwangsverwaltungen mit erheblichen Einkünften dürften seltene Ausnahmen sein. Daß die Baugläubiger durch solche geschädigt würden, kann um so weniger angenommen werden, als sie es ja jederzeit in der Hand haben, durch Einleitung und Durchführung der Zwangsversteigerung der Zwangsverwaltung ein Ende zu bereiten. Andererseits würden bei einigermaßen schwierigen thatsächlichen Verhältnissen so große Weitläufigkeiten und Verwicklungen entstehen, daß m. E. ohne jeden Schaden die Zwangsverwaltung aus dem Gesetz ausscheiden kann.

Ich komme hiernach zu dem Ergebniß, daß die Grundgedanken des neuen Entwurfs einen gesunden Fortschritt enthalten. Die von mir angeregten Bedenken mögen wohlwollende Prüfung finden. Gelingt es, namentlich durch Beseitigung der Feststellung und Eintragung des Baustellenwerthes das Gesetz wesentlich zu vereinfachen, so wird es möglich sein, die Wohlthaten desselben als gemeines Recht für alle Neubauten einzuführen, und eine wichtige Frage wird eine alle widerstreitenden Interessen angemessen berücksichtigende Lösung gefunden haben.

Ex. E.

7.

Der Hypothekenbrief im neuen Rechte.*)

Von **Dr. Max Fischer** in München.

A. Einleitung.

§ 1.

I. Formen des Immobiliarkredits und das Institut des Hypothekenbriefs.

Bei Redigirung des B.G.B. herrschte große Meinungsverschiedenheit darüber, welche Formen man dem Immobiliarkredit geben sollte. Der eine wollte, daß nur eine Form des Hypothekenrechts gesetzgeberisch geregelt werde und zwar in Gestalt der Briefhypothek, dabei sollten aber verschiedene Variationen möglich sein; der andere empfahl nur zwei Arten beizubehalten, nämlich Grundschuld und Sicherungshypothek; ein Dritter wünschte lediglich Aufrechterhaltung von Grundschuld und Buchhypothek und Verschmelzung der letzteren mit der Sicherungshypothek, und ein vierter beantragte endlich die Briefhypothek zu beseitigen und nur Sicherungshypothek, Buchhypothek und Grundschuld zuzulassen. (Vergl. Reatz I S. 537 ff.)

---

*) Abkürzungen:

Ach. = Achilles, Die preußischen Gesetze über Grundeigenthum 2c. (immer die Anmerkungen) und zwar G.O. = preuß. Grundbuchordnung und E.E.G. = Eigenthumserwerbsgesetz. **Becher** = Becher, Das rechtsrheinische bayrische Landescivilrecht und Landescivilprozeßrecht. **D.** = Denkschrift zum Entwurf eines B. G.B. **Dernb.** = Dernburg, Hypothekenrecht Bd. II. **Entw. I oder II** = Erster bezw. zweiter Entwurf des B. G.B. **G.O.** = Grundbuchordnung für das deutsche Reich. **G.O. I** = Entwurf einer Grundbuchordnung. 1889. **Krech-Fischer** = Krech J. und O. Fischer, Preuß. Gesetzgebung betr. Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. **Meib.** = Meibom, Das mecklenburgische Hypothekenrecht. **M.** = Motive zum Entwurf eines B. G.B. Bd. III. **Reatz** = Reatz, Die zweite Lesung des Entwurfs eines B. G.B. 2c. **Regelsberger** = Regelsberger, Das bayr. Hypothekenrecht. **R.Z.V.G.** = Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. **Roth** = Roth, Bayrisches Civilrecht Bd. II. **Seuff.** = Seuffert, Kommentar zur Reichscivilprozeßordnung. **Stobbe** = Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechtes. Bd. II. Die Paragraphen der Reichscivilprozeßordnung sind in der nach der Anlage zur Denkschrift aufgestellten Bezeichnung citirt.

Der erste Entwurf des B. G.B. hatte zwischen Hypothek — mit den Unterabtheilungen der Buchhypothek als Regelfall, der Brief- und Sicherungshypothek — einerseits und Grundschuld andererseits unterschieden. Im zweiten Entwurfe wurde das Verhältniß zwischen Buch- und Briefhypothek gerade umgekehrt, indem die Briefhypothek als Regel gedacht war, daneben standen noch die Sicherungshypothek und die Grundschuld; der dritte Entwurf endlich fügte noch eine besondere Belastungsform für Grundstücke, die Rentenschuld, hinzu. Der Sache nach aber reduzirten sich diese verschiedenen Gestaltungen auf zwei Hauptarten, nämlich eine Form für den reinen Realkredit (Grundschuld und Rentenschuld) und eine zweite Form zur Sicherung von Forderungen, welch letztere in Gestalt der accessorischen Hypothek sich als die hergebrachte organische Verbindung zwischen Personal- und Realkredit darstellte.

Als das bürgerliche Gesetzbuch dann zu Stande gekommen war, stellte es unter Wahrung obiger beider Hauptarten für die Belastung von Grundstücken mit einer Kapitalschuld vier verschiedene Rechtsformen zur Verfügung, eine Verkehrshypothek mit Hypothekenbrief (sogenannte Briefhypothek), eine Verkehrshypothek ohne Hypothekenbrief, (sogenannte Buchhypothek), die Sicherungshypothek, alle drei zusammengefaßt unter dem Namen Hypothek, und die Grundschuld mit der Unterart der Rentenschuld. (D. 144.)

Am ausführlichsten hat der Gesetzgeber das Recht der Hypothek geregelt, während er für Grund- und Rentenschuld nur einzelne Vorschriften giebt, und im übrigen auf die Hypothek verweist. Bei der Hypothek ist, abgesehen von der Sicherungshypothek, welche eine gesonderte Stellung einnimmt, wie bereits erwähnt, zu scheiden zwischen Brief- und Buchhypothek, jenachdem über das Recht des Gläubigers außer der Eintragung im Grundbuche noch eine Urkunde, ein Brief, ertheilt wird oder es bei der bloßen Eintragung sein Bewenden hat. Beim Briefpfand verkörpert sich das hypothekarische Recht in der Urkunde und ist bis zu einem gewissen Grade unabhängig vom Grundbuche, während beim Buchpfande das Recht sich vollständig an das Grundbuch knüpft und alle Lebensschicksale des Eintrages sich innerhalb des Rahmens des Grundbuches abspielen. Beide Formen haben ihre besonderen Vortheile und Nachtheile.

Was zunächst das Institut der Briefhypothek betrifft, so bietet diese, da der Erwerb der Hypothek seitens des Gläubigers an die

Aushändigung des Briefes gebunden ist, dem Besteller stärkeren Schutz gegen die Gefahr, daß der Gläubiger die Hypothek vor Zahlung des Gegenwerthes an einen durch den öffentlichen Glauben des Grundbuches geschützten Dritten abtritt und auf diese Weise dem Besteller die bezüglichen Einwendungen abschneidet. In gleicher Weise sichert die Briefhypothek den Eigenthümer bei der Befriedigung des Gläubigers gegen alle weiteren Verfügungen über die rückbezahlte Post, indem der Eigenthümer den Gläubiger nur gegen Aushändigung des Hypothekenbriefes zu befriedigen braucht. Der Hauptvortheil der Briefhypothek aber liegt in der Erleichterung des Hypothekenverkehrs, weil die Uebertragung der Hypothek nicht an die Eintragung im Grundbuche, sondern in der Hauptsache an die Uebergabe des Briefes gebunden ist. Dadurch wird das Recht aus der Briefhypothek förmlich mobilisirt und gewinnt so eine Beweglichkeit und dabei durch die Möglichkeit, daß der Gegenwerth nur Zug um Zug gegen Aushändigung des Briefes gezahlt zu werden braucht, eine Sicherheit, welche auf die Neigung der Kapitalisten, dem Realkreditbedürfnisse entgegenzukommen, auf das günstigste einwirken muß.

Freilich hat das Institut auch seine Schattenseiten. So ist es beim Briefe nicht ausgeschlossen, daß derselbe den Inhalt des Grundbuches nicht richtig wiedergiebt und folglich denjenigen täuscht, welcher sich auf ihn verläßt. Unzuträglich ist es ferner, daß oft weniger geschäftskundige Leute einen Hypothekenbrief erhalten, daß sich zum Besitz des Briefes die stete Fürsorge um seine Aufbewahrung gesellt, daß der Brief leicht verloren gehen kann und dann die mit dem Aufgebot verbundenen Weiterungen oft recht drückende sind. Ebenso wird sich die Nothwendigkeit, bei Eintragungen im Grundbuche und bei Geltendmachung der Gläubigerrechte stets den Brief und in bestimmter Form ausgestellte Uebertragungsurkunden vorzulegen, häufig unangenehm fühlbar machen.

Hier tritt die Buchhypothek in ihre Rechte. Sie erspart dem Gläubiger die Sorge um die Aufbewahrung des Briefes und die mit dem Verluste desselben verbundenen Unzuträglichkeiten, sie erleichtert dem Gläubiger die Geltendmachung seiner Rechte, indem er sich lediglich auf seine Eintragung zu berufen braucht, sie gibt dem Gläubiger auch größere Sicherheit, indem ihm nur die aus dem Grundbuche und nicht auch die aus dem Hypothekenbriefe erhellenden Einreden entgegengesetzt

werden können und gewährt ihm endlich die Möglichkeit, daß er von der Einleitung eines Zwangsvollstreckungsverfahrens in das Grundstück rechtzeitig benachrichtigt wird.

Dagegen ist es ein Nachtheil der Buchhypothek, daß möglicher Weise für den Gläubiger eine Hypothek eingetragen, bezw. auf diesen umgeschrieben wird, obwohl das Darlehen nicht zu Stande gekommen oder die Cessionsvaluta nicht gezahlt ist; der Eigenthümer ist ferner der Gefahr ausgesetzt, daß der Gläubiger trotz seiner Befriedigung hinterher über das eingetragene Recht verfügt, weil bei der Buchhypothek im Gegensatze zur Briefhypothek ein Handeln Zug um Zug nicht möglich ist. Außerdem bildet die schwerfällige Uebertragungsart der Buchhypothek durch Eintragung im Grundbuche ein Hinderniß für den Verkehr. (Vergl. D. 144; M. 615, 618.)

Bei dem Vergleiche zwischen Brief- und Buchhypothek überwiegen im Ganzen doch die Vortheile der ersteren. Deshalb ist als Regelfall für Begründung eines hypothekarischen Rechtes die Briefhypothek aufgestellt; wollen die Parteien eine Buchhypothek, so müssen sie die Ertheilung des Briefes ausdrücklich ausschließen. Uebrigens ist eine Umwandlung aus der einen Form in die andere jederzeit möglich. (§ 1116.)

§ 2.

2. Entwickelung des Hypothekenbriefes und das zur Zeit geltende Recht.

a) Geschichtliches. Bereits im 15. Jahrhundert finden sich Einrichtungen, welche an den Hypothekenbrief erinnern. So wurde in Augsburg und in Regensburg ein Pfandrecht an einem Grundstücke dadurch begründet, daß man den Kaufbrief oder Uebergabebrief über dasselbe dem Gläubiger zur Begründung des Pfandrechts übergab. In Augsburg, wo dieses Verfahren schon im 15. Jahrhundert als völlig ausgebildet hervortritt, wurde ursprünglich nur der Hausbrief ausgehändigt, ein Dekret von 1461 schrieb aber vor, daß der Schuldner außerdem noch eine besondere Schuldverschreibung — Versatzung — auszustellen habe. Nach der ursprünglichen Form konnte eine derartige Verpfändung nur für einen Gläubiger, nach einer späteren auch für mehrere stattfinden; der folgende Gläubiger erhielt einen Schuldbrief. Dieselbe Einrichtung bestand in Regensburg und wurde hier erst durch Verordnung vom 9. Mai 1813 aufgehoben. In ähnlicher Weise

geschah in Schlesien die Verpfändung eines Bauerngutes durch Uebergabe des Erbbriefes über das Gut. (Vergl. Roth II S. 377, Stobbe § 107 A. 6.)

Doch lassen sich diese Urkunden mit dem modernen Institut des Hypothekenbriefes um deswillen nicht recht vergleichen, weil diese Briefe nicht Urkunden über eine Eintragung der Verpfändung im öffentlichen Buche waren. Es gab in diesen Zeiten aber auch amtliche Ausfertigungen von Urkunden über eine Eintragung im öffentlichen Buche; nur scheinen diese hauptsächlich die gekauften Renten, welche dem Käufer verbrieft wurden, betroffen zu haben. Der Gläubiger konnte dann sein Recht auf einen Anderen, sei es nun definitiv oder, was hier in Betracht kommt, nur pfandweise, durch Cession und Tradition des Rentenbriefes, übertragen. Man behandelte die Urkunde an manchen Orten gewissermaßen als ein Inhaberpapier.[1] (Stobbe § 104.) Ein geschichtlicher Zusammenhang dieser alten Institute mit der modernen Hypothekenurkunde scheint jedoch nicht zu bestehen. Vielmehr lehnen sich die z. Z. geltenden Gesetze, welche Bildung einer Urkunde über die Eintragung vorschreiben, hierbei mehr oder weniger an die preußische Gesetzgebung des vorigen Jahrhunderts und deren Nachbildungen an. (M. 612.)

b) Der Brief in den Bundesstaaten mit Briefhypothek. Nach der preußischen Hypothekenordnung vom 20. Dezember 1783 wurden die Hypothekendokumente derart gebildet, daß auf der Schuldurkunde, z. B. dem Kaufvertrag, ein Vermerk über die geschehene Eintragung der Forderung im Hypothekenbuch geschah.

Diese Registratur bildete die wesentliche Form, sie wurde in der Regel auf das Originalinstrument über die Schuld gesetzt. Zu diesem Dokument kam ein Hypothekenschein in vim recognitionis. (Hypothekenscheine waren beglaubigte Abschriften des Grundbuchblattes und wurden

---

[1]) Interessant ist auch der seit Mitte des 17. Jahrhunderts in Bremen ausgebildete Gebrauch, daß man, statt eine Hypothek aufzunehmen, Rentenbriefhandfesten ausfertigen ließ und dieselben dem Gläubiger verpfändete. Es pflegte der Hauseigenthümer zunächst einer vorgeschobenen Person, einem Freund oder später einem Gerichtskurator, zum Schein eine Rente zu verkaufen und darüber eine Handfeste ausstellen zu lassen. Da diese Handfeste wie ein Inhaberpapier behandelt wurde, ließ er sie sich sofort zurückgeben, um, wenn er Kapital aufnehmen wollte, dem Gläubiger die betreffende Handfeste zu verpfänden. (Stobbe § 111 A. 26.)

theils pro informatione, theils in vim recognitionis ausgefertigt.) Der Rekognitionsschein wurde mit der ingrossirten Schuldurkunde verbunden und bildete für den Verkehr eine wesentliche Ergänzung derselben, immerhin aber war die Schuldurkunde die eigentliche Trägerin des Rechts.[2]) Schuldschein und Hypothekenschein zusammen bildeten das förmliche Hypothekeninstrument, das nicht bloß zur Information in Ansehung der Post, über welche es lautete, sondern zugleich zur Legitimation des Berechtigten diente. Der Gläubiger konnte mit voller Wirksamkeit über die Hypothekenforderung nur verfügen, wenn er sich im Besitz des Instrumentes befand.

Das Gesetz vom 24. Mai 1853 war bemüht, das Hypothekeninstrument von unnöthigem Ballast zu befreien. Es bestimmte, daß dasselbe aus der Schuld- und Verpfändungsurkunde und durch einen über die erfolgte Eintragung ertheilten Hypothekenbuchsauszug gebildet werden solle; letzterer trat an die Stelle des nunmehr beseitigten Hypothekenscheines in vim recognitionis. In den Fällen der Abtretung der Forderung, der Prioritätseinräumung und der theilweisen Löschung fand beim Mangel eines weitergehenden Parteiantrags nur die Ertheilung eines abgekürzten Hypothekenbuchsauszuges statt, in anderen Fällen wurde ein Instrument nur auf besonderen Antrag gebildet. Auch der Hypothekenbuchsauszug ist nur Zubehör der Verpfändungsurkunde (also seine Beibringung zur Löschung der Post nicht unbedingt erforderlich).

Eine weitere Vereinfachung dieses Systems traf die Grundbuchordnung vom 5. Mai 1872, indem sie die Bildung von Urkunden nur über die Eintragung von Hypotheken und Grundschulden zuließ. Die rechtliche Funktion dieser Hypotheken(und Grundschuld)briefe fällt im Wesentlichen mit der der alten Hypothekeninstrumente zusammen. Das dingliche Recht des Gläubigers entsteht schon mit der Eintragung, aber seine Wirksamkeit ist hauptsächlich davon abhängig, daß die Urkunde dem Gläubiger ausgehändigt worden ist. Die Forderung kann nach den Vorschriften des Obligationenrechts übertragen werden, aber der Erwerber kann ebensowenig wie der ursprüngliche Gläubiger Befriedigung aus dem Grundstück verlangen, wenn er nicht der legi-

[2]) Wenn daher zufälliger Weise der Hypothekenrekognitionsschein von der Haupturkunde abgetrennt und verloren wurde, so konnte der Gläubiger, welcher die ingrossirte Schuldurkunde besaß, rechtsgültig die Löschung bewilligen.

timirte Inhaber des Hypothekenbriefes ist. Ein Verzicht auf die Urkunde ist zulässig; soll jedoch eine Verfügung über die Forderung eingetragen werden, so muß ein Hypothekenbrief gebildet werden. Ebenso lehnen sich die Formulare für diese Briefe in ihren Einzelheiten an die Bestimmungen des Gesetzes von 1853 an, indem sie den Gedanken desselben, daß nur die für den Erwerber der Hypothek erheblichen Angaben des Grundbuchblattes im Hypothekendokumente Aufnahme finden sollen, noch weitere Folge geben.

Aber das Wesen dieser neuen Briefe ist ein völlig anderes. Denn es bildet nicht mehr die Urkunde über die persönliche Schuld den Kern des Instrumentes, vielmehr ist der Brief eine selbständige Urkunde über die eingetragene Post, mit welcher die Schuldurkunde nur zur näheren Bestimmung des verbrieften Schuldgrundes verbunden wird. Die Gültigkeit des Briefes aber ist nicht davon abhängig, daß die Schuldurkunde dauernd mit demselben verbunden bleibt. Wird sie abgelöst oder geht sie verloren, so behält der Brief seine dingliche Kraft und seine Vorlegung genügt zur Bewilligung von Aenderungen und Löschungen. Das Verhältniß ist also gegenüber dem alten Rechte gerade umgekehrt. (Vergl. M. 612; Achilles G.O. §§ 119, 122; Dernburg II § 18.

Diese jüngsten Reformen des preußischen Hypothekenrechtes fußten bezüglich der Hypothekenurkunde auf dem mecklenburgischen Rechte, und die preußischen Hypothekenbriefe des Gesetzes von 1872 sind in der Hauptsache eine Nachbildung der Hypothekenscheine, welche nach mecklenburgischen Gesetzen über Eintragungen von Kapitalposten ausgefertigt werden. Aus dem preußischen Rechte ist das Institut des Hypothekenbriefes in die Grundbuchgesetze für Oldenburg, Koburg-Gotha, Braunschweig u. s. w. übergegangen. Nach dem braunschweigischen Gesetz über den Eigenthumserwerb vom 8. März 1878 geht aber die rechtliche Bedeutung der Urkunde insofern noch weiter, als daselbst für die Abtretung der Hypothek das Erforderniß der Uebergabe des Briefes an den Erwerber aufgestellt ist. Ebenso schreibt das anhaltinische Gesetz betreffend das Pfandrecht an Immobilien die Uebergabe des Hypothekenbriefes vor (M. 613).

c) Die Hypothekenurkunden der Bundesstaaten mit Buchhypothek. Im Gegensatze zu den genannten Staaten stehen namentlich Bayern, Sachsen und Württemberg, welche das System der Buchhypothek haben. Gleichwohl werden auch hier über die Eintragungen im Hypotheken-

(Pfand)=Buch Urkunden ausgestellt, deren Bedeutung für das Pfandrecht aber eine wesentlich andere als beim System der Briefhypothek ist.

Nach dem bayrischen Hypothekengesetz vom 1. Juni 1822 werden außer Hypothekenbuchsauszügen über die Eintragungen im Hypothekenbuche noch Rekognitionsscheine und, wenn für eine Schuld eine Hypothek eingetragen ist, ein förmlicher Schuld= und Hypothekenbrief ausgefertigt. Der Rekognitionsschein ist eine Bestätigung, welche das Hypothekenamt über eine im Hypothekenbuche geschehene Einschreibung oder über einen nach Ausweis des Hypothekenbuches bestehenden positiven oder negativen Rechtszustand ausstellt. Der Hypothekenbrief im Sinne des bayrischen Gesetzes ist ein hypothekenamtliches Zeugniß über die Eintragung einer Hypothek. Nach der im § 173 des Hypothekengesetzes angeordneten Gestalt unterschied sich der Hypothekenbrief vom Rekognitionsschein nur durch die größere Ausführlichkeit, indem er außer der amtlichen Rekognition der Eintragung Auskunft über das Grundstück und die auf demselben haftenden Vorhypotheken gab. Dieser Auseinanderhaltung des Briefes und des Rekognitionsscheines fehlte beim Mangel wesentlicher Verschiedenheiten die innere Berechtigung. Deshalb ist in der bayrischen Praxis der Hypothekenbrief in der Gestalt des Hypothekengesetzes völlig verdrängt worden durch den Schuld- und Hypothekenbrief, d. h. durch die Urkunde, in der amtlich ein Bekenntniß über die persönliche Schuld und die Eintragung einer Hypothek für dieselbe bezeugt wird. Seit dem bayrischen Notariatsgesetz kann ein solcher Brief nur mehr entstehen durch Zusammenwirken von Notar und Gericht, jener beurkundet die Schuld, dieses die Eintragung der Hypothek, indem es auf den Schuldbrief die Bestätigung der Eintragung setzt.

Da die bayrische Hypothek Buchhypothek ist, hat der bayrische Hypothekenbrief nicht entfernt die Bedeutung wie der preußische; während der letztere in gewissem Sinne Träger des hypothekarischen Rechtes ist, dient der erstere nur zur Information der Betheiligten, hat also lediglich die Natur eines Beweismittels, eines amtlichen Zeugnisses darüber, daß das Hypothekenbuch diejenigen Nachrichten enthält, welche in den Brief aufgenommen sind. Eine Ausnahme davon, daß die Beweiskraft des Briefes auf die Beweiskraft des Hypothekenbuches zurückgeht, macht der Schuld= und Hypothekenbrief, aber nur weil und nur insoweit er nicht eine Ausfertigung auf Grund des Hypothekenbuches ist, also nicht qua Hypothekenurkunde, sondern qua Schuld-

urkunde, indem er das Schuldbekenntniß aus eigener Kraft beweist. Für den Erwerb der Hypothek durch den Gläubiger dagegen ist weder der Hypothekenbrief noch der Rekognitionsschein nothwendig, ebensowenig für deren gerichtliche Geltendmachung oder zur Verfügung darüber durch Cession, Verpfändung und Löschung. (Vergl. M. 614; Regelsberger §§ 21, 90; Becher S. 755 ff.)

Der Rekognitionsschein und Hypothekenbrief des Königreichs Sachsen enthält weder eine nähere Beschreibung des Grundstückes noch eine Angabe über die Vorhypotheken. Im Uebrigen sind die beiden eine Nachbildung der bayrischen Urkunden. (Vergl. § 189 der V.O. betr. das Verfahren in nichtstreitigen Rechtssachen ꝛc. vom 9. Januar 1865.)

In Württemberg wird dem Gläubiger ein Pfandschein ausgestellt; im Falle eines Widerspruches zwischen dem Pfandbuch und dem Pfandscheine ist unter Umständen der letztere maßgebend. Die Löschung des Unterpfandsrechtes kann nur nach Beibringung des Pfandscheines vollzogen werden; der württembergische Pfandschein nähert sich also wieder mehr dem preußischen Hypothekenbriefe.

Nach dem französischen G.B. hat der Hypothekenbewahrer die Inskription der Hypothek auf dem einen Exemplar der bordereaux zu bekunden und dann dasselbe dem Antragsteller zurückzugeben. Zur Information der Betheiligten dienen Abschriften und Auszüge aus den Registern, welche jedem ertheilt werden, welcher darum nachsucht. Läßt sich der Erwerber eines Grundstückes nach der Transskription seines Titels ein solches Zeugniß ertheilen, so gelten die darin ausgelassenen Hypotheken ihm gegenüber als erloschen. (M. 614.)

d) Der Hypothekenbrief des bürgerlichen Gesetzbuches. Der Hypothekenbrief des B. G.B. fußt auf dem preußischen Rechte. Doch wurde er nicht in völlig unveränderter Gestalt herübergenommen. Die preußische Hypothek nämlich ist im Wesentlichen nur eine Briefhypothek, bei der zwar auf Bildung des Briefes verzichtet werden kann, bei der aber Ertheilung desselben nöthig ist, wenn eine Verfügung über die Post (z. B. Cession) eingetragen werden soll. Das B. G.B. aber stellt neben die Briefhypothek auch noch die Buchhypothek: aus dem einseitigen Verzicht des preußischen Rechts wurde ein Vertrag, daß die Ertheilung eines Briefes ausgeschlossen sein soll; ist dieser Vertrag einmal geschlossen, so ist für den ganzen Verlauf des Rechtsverhältnisses die Ertheilung eines Briefes nicht mehr nöthig.

In Preußen geht die Hypothek grundsätzlich durch bloßen Cessionsvertrag (der allerdings schriftlich sein muß) über, das B. G.B. aber betont mehr den Standpunkt, daß der Brief Träger des ganzen Rechts ist und verlangt deshalb neben der schriftlichen Abtretungserklärung noch Uebergabe des Briefes. Auch sonst sind noch verschiedene Aenderungen getroffen, so daß der Brief des B. G.B. etwa die Mitte zwischen dem preußischen Hypotheken- und dem preußischen Grundschuldbriefe hält. Der letztere nämlich ist zwar analog dem preußischen Hypothekenbrief geregelt, doch ist er nicht so wie dieser an das Grundbuch gebunden, indem z. B. Einreden, welche zwar aus dem Grundbuch, nicht aber aus dem Grundschuldbrief erhellen, regelmäßig nicht zulässig sind und nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Uebertragung der Grundschuld Uebergabe des Grundschuldbriefes nöthig ist.

B. Der Hypothekenbrief im bürgerlichen Gesetzbuche.

I. Allgemeines.

§ 3.

1. Ertheilung des Hypothekenbriefes.

Ueber die Hypothek wird ein Hypothekenbrief ertheilt (§ 1116 Abs. 1). Darin liegt ein Doppeltes:

1. Es wird nur ein einziger Brief gebildet. Dieser eine Brief darf auch nicht in mehreren Duplikaten (wie z. B. beim Wechsel Kopien) ausgefertigt werden. Es ist dies eine nothwendige Folge der Bedeutung, welche der Brief für das hypothekarische Recht besitzt: denn da er Träger desselben ist, wäre es für die Rechtssicherheit äußerst bedenklich, die Ausstellung von mehreren Briefen, wenn sie auch nur Duplikate wären, zuzulassen.

2. Ueber jede Hypothek wird von Amtswegen ein Brief gebildet. Dabei ist jedoch eine sehr große Ausnahme gemacht, indem die Ertheilung des Briefes sowohl durch Gesetz als auch durch den Willen der Parteien ausgeschlossen sein kann. Durch Gesetz ist die Ausstellung des Hypothekenbriefes ausgeschlossen bei der Sicherungshypothek und den dieser gleichgestellten Hypothekformen (§§ 1185, 1187, 1190).[3]

[3]) In Betracht kommen hier auch die Art. 192 Abs. 1 und 193 des Einf.G., welche vorschreiben:

a) Ein zur Zeit, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist,

Der Grund hierfür war, daß sich diese Arten nicht für den Hypothekenverkehr, wie er durch den Hypothekenbrief geschaffen wird, eignen. Ueber die Ausschließung durch den Parteiwillen vergl. § 4.

Der Brief wird entweder gleich bei Eintragung der Hypothek ertheilt, d. h. die Hypothek wird von vornherein als Briefhypothek bestellt, oder erst in einer späteren Zeit, d. h. die Hypothek wird als Buchhypothek bestellt und dann in eine Briefhypothek umgewandelt. Ueber letzteren Fall vergl. § 5.

Voraussetzung zur Ertheilung eines Briefes ist, daß die Parteien sich zur Bestellung einer gewöhnlichen Hypothek geeinigt haben; daß also kein Vertrag vorliegt, wonach die Bildung des Hypothekenbriefes ausgeschlossen wäre. Es ist demnach darüber, daß ein Brief ertheilt werden soll, kein besonderer Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem Eigenthümer nöthig; d. h. ein solcher braucht wenigstens nicht äußerlich zu Tage zu treten. Das Grundbuchamt wird die zu seiner Kenntniß gelangende Willenserklärung der Kontrahenten (sei dies auch nur in der Form der einseitigen Eintragungsbewilligung) dahin zu prüfen haben, ob nicht aus dem Willen der Betheiligten mit Bestimmtheit ersehen werden kann, daß sie nur eine Buchhypothek beabsichtigen; ergeben sich keine derartigen Anhaltspunkte, so wird das Grundbuchamt anzunehmen haben, daß die Kontrahenten den Regelfall gewollt haben, und deshalb den Hypothekenbrief ausstellen.[4]) Die Ertheilung des Hypotheken-

---

an einem Grundstücke bestehendes Pfandrecht, bei welchem der Betrag der Forderung nicht bestimmt ist, gilt von dieser Zeit an als Sicherungshypothek. Außerdem können durch Landesgesetz auch sonstige Pfandrechte als Sicherungshypothek erklärt werden.

b) Ein Pfandrecht, das nicht reichsgesetzlich (Art. 192) als Sicherungshypothek zu gelten hat, kann nach Landesgesetz als Briefhypothek anzusehen sein; die über das Pfandrecht gebildete Urkunde kann als Hypothekenbrief im Sinne des B. G.B. zu betrachten sein.

c) Soweit landesgesetzlich nicht eine Bestimmung wie sub a und b getroffen wird, gelten alle sonstigen Pfandrechte als Hypotheken, für welche Ertheilung des Briefes ausgeschlossen ist, also als Buchhypotheken. Dies ist jedoch nicht so zu verstehen, daß kraft Gesetzes jetzt die Ertheilung eines Briefes ausgeschlossen wäre, sondern Art. 192 will nur die bisher bestandenen Pfandrechte unter eine der Kategorien des B. G.B. unterordnen. Da aber bei der Buchhypothek des B. G.B. Umwandlung in eine Briefhypothek erlaubt ist, so kann auch bei Pfandrechten der genannten Art unter den sonst gegebenen Voraussetzungen zur Bildung eines Hypothekenbriefes geschritten werden.

[4]) Bedarf es zur Bildung eines Hypothekenbriefes eines besonderen Antrags

briefes ist Sache des Grundbuchamts (G.O. 56). Bei der Herstellung der Urkunde fungirt dasselbe aber nicht lediglich als beurkundende Behörde, sondern mit Rücksicht auf die rechtliche Bedeutung des Briefes erklärt das Grundbuchamt eine gewisse Urkunde zum Hypothekenbriefe und macht sie durch seinen Willensakt zu demselben. (Mot. zu G.O. I § 56.)

Der Hypothekenbrief wird vom Grundbuchamt dem Eigenthümer des belasteten Grundstückes ausgehändigt, auch wenn der Gläubiger oder Notar (G.O. 15) die Eintragung der Hypothek beantragt. Es hängt dies mit den Vorschriften des § 1163 Abs. 2 zusammen, doch ist eine abweichende Bestimmung des Empfangsberechtigten zulässig. Näheres hierüber s. § 7.

Eine Eintragung im Grundbuch, daß ein Brief ertheilt werden soll, ist nicht nöthig, was sich daraus ergiebt, daß die Briefhypothek die Regel ist und arg. ex contr. daraus, daß bei der Buchhypothek Eintragung des Ausschlusses des Briefes ausdrücklich vorgeschrieben ist. Noch weniger ist es natürlich nothwendig, ins Grundbuch einzutragen, daß ein Brief ertheilt ist.[5])

§ 4.

2. Ausschließung des Briefes.

Die Ertheilung des Briefes kann auch durch den Willen der Parteien ausgeschlossen werden und zwar entweder gleich bei Begründung der Hypothek — die Hypothek wird von vornherein als Buchhypothek

---

oder wird der Brief von Amtswegen ertheilt? Nach M. 618 bedürfte es allerdings eines besonderen Antrags; aber es rührt dies davon her, daß bei Abfassung der Motive die Buchhypothek als Regel galt. Nachdem aber heute das Verhältniß gerade umgekehrt ist, kann man arg. ex contr. sagen, daß nunmehr ein besonderer Antrag nicht nöthig ist.

[5]) Welche Bedeutung hat die Ertheilung eines Briefes für die Entstehung des hypothekarischen Rechts? Man könnte die Ansicht aufstellen, daß der Eintrag nur die Möglichkeit gewähre, ein hypothekarisches Recht zu begründen, die Begründung desselben aber erst durch Geben und Nehmen des Hypothekenbriefes geschehe, so daß hierin, nicht in der Eintragung der die Hypothek erzeugende Formalakt gelegen sei. Diese Ansicht ist nur insofern richtig, als ein Recht des Gläubigers am Grundstücke erst mit der Uebergabe des Briefes entsteht, nicht aber bezüglich des Entstehens eines Rechts am Grundstücke überhaupt. Hier würde sie gegen die §§ 1163 Abs. 2 und 873 verstoßen. Daher ist zu sagen, daß durch den Formalakt der Eintragung die Hypothek, allerdings zunächst als Grundschuld, entsteht.

bestellt — oder erst nachträglich — die Hypothek wird als Briefhypothek bestellt und dann in eine Buchhypothek umgewandelt. Ueber letzteren Fall vergl. § 5.

Soll eine Hypothek als Buchhypothek bestellt werden, so ist hierzu Einigung des Gläubigers und Eigenthümers über die Ausschließung des Briefes und Eintragung dieser Ausschließung in das Grundbuch erforderlich.[6])

a) Einigung. Nach preußischem Recht ist einseitiger Verzicht auf Bildung eines Hypothekenbriefes zulässig; berechtigt zum Verzichte ist der Eigenthümer, wenn die Hypothek auf Grund seiner Bewilligung eingetragen ist (Dernburg II § 18; Achilles G.O. § 122). Nach dem B.G.B. dagegen kann die Entscheidung darüber, ob ein Hypothekenbrief gebildet werden soll oder nicht, nicht einseitig von einer der Parteien getroffen werden, sondern es ist hierzu Einigung derselben nöthig. Diese Einigung muß den Anforderungen eines Rechtsgeschäfts und insbesondere eines Vertrages (§ 1107 I. Entw. enthielt das Wort Vertrag) entsprechen und unterliegt hiernach den allgemeinen Grundsätzen der Vertragslehre. Geschlossen wird der Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem Eigenthümer des Grundstückes, denn nur dieser kann eine Hypothek bestellen.[7])

An sich würde die Einigung keiner bestimmten Form bedürfen, wenn es auch mit Rücksicht auf die Bindung der Kontrahenten von Vortheil wäre, wenn die Einigung in Form des § 873 Abs. 2 eingegangen würde. Nachdem aber zur Einigung noch die Eintragung im Grundbuch hinzukommen muß, hat die Einigung gemäß G.O. 29 zur Kenntniß des Grundbuchamtes zu kommen; d. h. sie muß entweder zu Protokoll des Grundbuchamtes gegeben oder durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden demselben nachgewiesen werden; also mit Rücksicht auf das Grundbuch bedarf die Einigung einer bestimmten Form.[8])

---

[6]) Ueber einen besonderen Fall der Buchhypothek vergl. Einf.G. Art. 192, 193; — siehe auch Anm. 3.

[7]) Der Eigenthümer soll als solcher eingetragen sein (G.O. 40, 41); dagegen braucht er nicht der persönliche Schuldner zu sein.

[8]) Zwar macht § 19 G.O. die Eintragungen im Grundbuch nicht vom Nachweis der Einigung abhängig, sondern läßt statt dessen die Bewilligung desjenigen genügend sein, dessen Recht von der Eintragung betroffen wird. Bei Statuirung einer Buchhypothek aber wird sowohl das Recht des Gläubigers als auch des Eigenthümers berührt, so daß die Bewilligung beider, wie diese

b) Eintragung der Ausschließung. Neben der Einigung der beiden Theile über Ausschließung des Briefes ist auch die Eintragung der Ausschließung im Grundbuche erforderlich (§ 1116 Abs. 2). Die Eintragung soll nur auf Antrag erfolgen, welcher, soweit er nicht mit der Einigungserklärung selbst verbunden ist, keiner besonderen Form bedarf. Es dürfte auch genügen, wenn lediglich der allgemeine Antrag auf Eintragung einer Hypothek gestellt wird und dabei dem Grundbuchamt in der Form des G.O. § 29 zur Kenntniß gebracht wird, daß die Parteien eine Buchhypothek wollen — also ein besonderer Antrag auf Eintragung der Ausschließung dürfte hiebei nicht erforderlich sein. Die Eintragung der Ausschließung vollzieht sodann der Grundbuchrichter auf Grund der zu Protokoll abgegebenen Erklärungen oder der ihm vorgelegten Urkunden; einer Klarlegung des unterliegenden Kausalverhältnisses bedarf es für den Grundbuchrichter nicht.

§ 5.

3. Nachträgliche Ausschließung und Aufhebung der Ausschließung.

a) Nachträgliche Ausschließung. Eine bereits bestehende Briefhypothek kann in eine Buchhypothek umgewandelt werden. Da hiebei in erster Linie für den Gläubiger eine Beschränkung seiner freien Bewegung eintritt, sollte man meinen, die Aufgabe des Briefes schließe einen theilweisen Verzicht in sich und müßte daher der einseitige Verzicht des Gläubigers gegenüber dem Grundbuchamt genügen. Das B.G.B. aber hat, da durch die Umwandlung auch das Recht des Eigenthümers mitbetroffen wird, Einigung zwischen dem Gläubiger und Eigenthümer vorgeschrieben, so daß in diesem Punkte kein Unterschied zwischen der sofortigen (s. § 4) und der späteren Ausschließung des Briefes besteht. § 1116 Abs. 3. Der Vertrag wird geschlossen zwischen dem jeweiligen Gläubiger und dem Eigenthümer. Der Gläubiger braucht nicht in das Grund-

---

in der Einigung hervortritt, erforderlich ist. (Vergl. hierzu Mot. zu § 19 G.O., welche dies speziell für den Fall der Umwandlung einer schon bestehenden Briefhypothek in eine Buchhypothek und umgekehrt hervorheben. Eine Argumentation dahin, daß eben der Eigenthümer bei Eintragung der Buchhypothek nur ein modifizirtes Recht bewillige, dürfte bei der Hervorhebung der Einigung in § 1116 ungerechtfertigt erscheinen.) Dagegen der Antrag auf Eintragung der Ausschließung kann einseitig vom Eigenthümer oder Gläubiger (oder dem Notare G.O. 15) gestellt werden, wenn im Uebrigen die Einigung dem Grundbuchamt gemäß G.O. § 29 nachgewiesen wird.

buch eingetragen zu sein, doch muß er sein Recht derart nachweisen können, daß das Grundbuchamt ihn eintragen darf (G.O. 29; vergl. § 10): vermag er dies nicht, so ist zur Zeit eine Umwandlung der Briefhypothek in eine Buchhypothek unmöglich.

Neben die Einigung tritt als weiteres Erforderniß, wie in § 4, die Eintragung der Ausschließung des Briefes in das Grundbuch. Außerdem ist hier im Interesse der Rechtssicherheit noch ein drittes Erforderniß aufgestellt, es muß nämlich der Hypothekenbrief dem Grundbuchamt vorgelegt werden (G.O. 42). Es wird dies zwar ohnehin zur Legitimation des Gläubigers erforderlich sein, der Brief wird aber dann zur Verhütung etwaiger Mißbräuche unbrauchbar gemacht und vom Grundbuchamt aufbewahrt. Die mit dem Brief vielleicht verbundene Schuldurkunde wird abgetrennt und zurückgegeben.[9])[10]) G.O. 69.

b) Aufhebung der Ausschließung. Die erfolgte Ausschließung der Ertheilung des Hypothekenbriefes kann wieder aufgehoben werden; d. h. die Buchhypothek kann in eine Briefhypothek umgewandelt werden. Die Aufhebung erfolgt in gleicher Weise wie die Ausschließung, erfordert also Einigung des Gläubigers und Eigenthümers und die Eintragung in das Grundbuch, daß die Ausschließung des Briefes wieder aufgehoben werde. Auf ordnungsmäßigen Antrag des Gläubigers

[9]) Ist der Brief abhanden gekommen oder vernichtet, so genügt Vorlegung des Ausschlußurtheils (G.B. 42 Abs. 2).

[10]) Wird so der Brief nachträglich ausgeschlossen, so ist es möglich, daß an der Briefhypothek inzwischen Rechte eines Dritten entstanden sind (z. B. Nießbrauch durch Zinsenbezugsrecht, Pfandrecht). Für diese Fälle finden die Bestimmungen des § 876 entsprechende Anwendung, wonach zur Abänderung die Zustimmung dieses Dritten erforderlich ist. Das Grundbuchamt hat sich um solche etwaige Rechte Dritter nicht zu bekümmern, es sei denn, daß es amtlich auf irgend eine Weise Kenntniß vom Bestande dieser Rechte erhalten hat (z. B. durch Prozeß, Pflegschaft). Danach bemißt sich die Form der Zustimmungserklärung. An sich ist dieselbe an keine Form gebunden, sie kann vor dem Grundbuchamt oder demjenigen gegenüber abgegeben werden, zu dessen Gunsten sie erfolgt. Sobald jedoch das Grundbuchamt vom Bestehen der Rechte Dritter amtlich weiß, muß die Erklärung den Erfordernissen des § 29 G.O. entsprechend zur Kenntniß des Grundbuchrichters gelangen. Meist wird es ohnehin nicht möglich sein, die Einwilligung des Dritten zu umgehen, weil dieser sich regelmäßig im Besitze des Hypothekenbriefes befinden wird; immerhin könnte es möglich sein, daß der Brief wieder in die Hände des Gläubigers ohne Aufhebung des Rechts des Dritten gelangt ist (z. B. durch unrechtmäßige Handlung).

oder Eigenthümers bezw. des Notars (G.O. 13, 15) wird dann der Vermerk der Ausschließung des Briefes im Grundbuche gemäß G.O. 47 gelöscht und über die Eintragung nach ihrem derzeitigen Stande ein Hypothekenbrief gebildet. Dieser wird im vorliegenden Falle aber nicht dem Eigenthümer, sondern dem Gläubiger ausgehändigt werden, da diesem ja bereits die Hypothek zusteht. Eine abweichende Bestimmung ist auch hier zulässig, vom Grundbuchamt aber nur zu beachten, wenn sie in der aus G.O. 29 sich ergebenden Form zu seiner Kenntniß gelangt (G.O. 60).[11])

§ 6.

4. Form und Inhalt des Hypothekenbriefes.

a) Form. Eine bestimmte Form für den Hypothekenbrief ist von Reichswegen nicht vorgeschrieben, ebensowenig die allgemeine Eintheilung, in welcher der Inhalt auf dem Brief vorgetragen werden soll. Im Gegentheil, die Reichsgesetzgebung hat wegen der in den einzelnen Ländern verschiedenen Eintheilung des Grundbuches auf Aufstellung von Formularen von Reichswegen verzichtet und die Regelung den Landesjustizverwaltungen überlassen.

b) Inhalt. Was dagegen den Inhalt des Hypothekenbriefes betrifft, so gilt als allgemeines Prinzip: Der Hypothekenbrief soll ein vollständiges Bild der Hypothekenforderung geben (M. 743). Es muß deshalb die Hypothek in einer so genauen Weise bezeichnet sein, daß dieselbe mit der in das Grundbuch eingetragenen Hypothek identifizirt werden kann. Bezüglich der einzelnen Erfordernisse des Briefinhaltes hat die G.O. zwischen wesentlichen und nicht wesentlichen unterschieden. Doch dürfte eine derartige Scheidung eine erhebliche praktische Bedeutung voraussichtlich nicht haben, da sich erwarten läßt, daß in den einzelnen Bundesstaaten Formularien eingeführt werden, die allen Erfordernissen, auch den nicht wesentlichen, entsprechen.

---

[11]) Auch bei der Sicherungshypothek, bei welcher gesetzlich die Ertheilung des Briefes ausgeschlossen ist, kann nachträglich noch eine Ertheilung des Briefes stattfinden, wenn zugleich die Sicherungshypothek in eine gewöhnliche Hypothek gemäß § 1186 umgewandelt wird. Eine Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten ist nicht erforderlich, wie eine solche Zustimmung auch zur Umwandlung der Briefhypothek in eine Buchhypothek und umgekehrt nicht nöthig ist. Vergl. auch § 3 Anm. 3c.

Die wesentlichen Erfordernisse des Hypothekenbriefes sind:

1) Das Grundbuchamt muß in dem auszustellenden Briefe denselben ausdrücklich als Hypothekenbrief bezeichnen. Die Bezeichnung in der Ueberschrift genügt, ist jedoch nicht gerade nothwendig. Der Unterschied zwischen einem Hypothekenbrief des B.G.B. und einem des alten Landesrechtes wird sich regelmäßig aus dem Datum ergeben; eine größere Verdeutlichung anzuordnen, bleibt den Landesgesetzgebungen überlassen (Mot. zu G.O. I § 56).

2) Der Hypothekenbrief muß den Geldbetrag der Hypothek und das belastete Grundstück bezeichnen.

3) Der Hypothekenbrief muß mit Unterschrift und Siegel des Grundbuchamtes versehen sein. Die Verwendung eines Stempels statt eines Siegels genügt nicht (G.O. Mot. zu 56).

Dagegen sind nicht wesentliche Erfordernisse, d. h. durch bloße Ordnungsvorschrift erfordert:

Das Grundstück soll im Briefe nach der Nummer des Grundbuchblattes bezeichnet sein und der Brief soll einen Auszug aus dem Grundbuchblatte enthalten. Die Einzelheiten dieses Auszuges ergeben sich aus G.O. § 57 Abs. 2. Danach soll in denselben die Bezeichnung des Grundstückes nach dem Inhalt des Grundbuches (vergl. G.O. §§ 2 Abs. 2, 28), die Bezeichnung des Eigenthümers, der Inhalt der die Hypothek betreffenden Eintragungen und soweit zur Ergänzung einer Eintragung auf eine Urkunde Bezug genommen worden ist, auch der Inhalt dieser Urkunde aufgenommen werden. Diese letztere Bestimmung gilt nicht nur für die Eintragungsbewilligung, sondern ebenso für andere in Bezug genommene Urkunden, z. B. im Falle des § 885 B.G.B. für die einstweilige Verfügung, dagegen nicht für die von der zuständigen Behörde öffentlich bekanntgemachte Satzung einer Kreditanstalt (§ 1115 Abs. 2). Endlich soll der Auszug, um eine Prüfung der Sicherheit zu ermöglichen, den Inhalt der Eintragungen, die der Hypothek im Range vorgehen oder gleichstehen, kurz bezeichnen.[12])

[12]) Also diese Punkte werden einzeln angegeben und nicht in einer Gesammtsumme ausgeworfen. Dies rechtfertigt sich durch die Erwägung, daß die Verschiedenheit des Zinssatzes nur auf diese Weise ersichtlich gemacht werden kann; außerdem wird dem Gläubiger dadurch erleichtert, mit einzelnen vorstehenden Gläubigern über die Abtretung der besseren Hypothek in Verhandlungen zu treten, was für den Fall der §§ 1147, 1150 (Zwangsvollstreckung) von Werth sein kann.

Außerdem wird durch G.O. 97 den Landesjustizverwaltungen die Befugniß vorbehalten, anzuordnen, daß der Auszug noch weitere Angaben über das Grundstück enthalten soll.[13][14][15][16])

[13]) Vergl. z. B. § 127 der preuß. G.O. — Es soll aber über alle diese Punkte nur ein Auszug des Grundbuchblattes im Hypothekenbriefe enthalten sein, eine vollständige Abschrift des Grundbuchblattes wird durch das praktische Bedürfniß nicht nur nicht erfordert, sondern würde sogar hinderlich sein. Der Brief soll überhaupt nicht durch Fülle an Uebersichtlichkeit verlieren. Außerdem bleibt, soweit sich zwischen Brief und Buch Verschiedenheiten ergeben sollten, immer der Inhalt des Grundbuchs maßgebend und schon deshalb ist eine vollständige Wiedergabe des Grundbuchblattes unnöthig. Anders verhielt es sich mit dem preußischen Hypothekeninstrument vom Jahre 1783, wo der mit dem Eintragungsvermerk versehenen Schuldurkunde ein Hypothekenschein in vim recogn. angehängt wurde, welcher eine beglaubigte Abschrift des Grundbuchblattes war und die Vermerke desselben wörtlich und vollständig enthielt.

[14]) Danach entscheidet sich die Frage, in welchem Umfange der Hypothekenbrief die in ihm enthaltene Forderung bezeichnet, insbesondere ob die näheren Bedingungen derselben, wie Zahlungstermine, Zahlungsbedingungen u. s. w. Aufnahme in den Brief finden. Zum wesentlichen Inhalt gehören diese Punkte nicht, wohl aber gehören sie in den im Brief enthaltenen Auszug aus dem Grundbuchblatt. Denn in diesen soll nicht bloß die Bezeichnung des eingetragenen Gläubigers, des Zinssatzes, des Geldbetrages etwaiger Nebenleistungen, welche allein im Grundbuche eingetragen werden müssen (§ 1115), aufgenommen werden, sondern auch, wenn bei der Eintragung im Grundbuch bezüglich der übrigen Punkte Bezug auf die Eintragungsbewilligung genommen ist, der Inhalt der Eintragsbewilligung. Da außerdem der Brief mit der Schuldurkunde verbunden werden soll — in welchem Falle in den Grundbuchsauszug der Inhalt der zur Ergänzung der Eintragung in Bezug genommenen Urkunde nicht einbezogen zu werden braucht (G.O. 58) — so ergibt sich, daß der Hypothekenbrief in allen Punkten ein klares Bild der in ihm verbrieften Forderung giebt.

[15]) Ueber eine Eintragung im Grundbuch wird nur ein Hypothekenbrief ertheilt; vergl. § 3. Dagegen kann, wenn einem Gläubiger mehrere Hypotheken zustehen, die gleichen Rang haben oder im Rang unmittelbar aufeinander folgen, über die mehreren Hypotheken ein Brief in der Weise ertheilt werden, daß derselbe sämmtliche Hypotheken umfaßt; nothwendig ist dazu die Zustimmung des Eigenthümers, auch muß der Gläubiger einen besonderen Antrag dahin stellen (G.O. 66). Ein solcher Hypothekenbrief unterscheidet sich vom gewöhnlichen inhaltlich dadurch, daß er verschiedene Geldbeträge angibt, und der im Brief enthaltene Auszug aus dem Grundbuchblatt die die verschiedenen Hypotheken betreffenden Eintragungen voll wiedergibt; außerdem sind dann mit dem Brief eventuell auch mehrere Schuldurkunden zu verbinden. Zu unterscheiden ist hievon der Gesammthypothekenbrief des § 59 G.O., welcher nicht mehrere Forderungen, sondern mehrere Grundstücke angiebt.

[16]) Ein nach Form und Inhalt möglicherweise abweichender Hypotheken-

c) Mit dem Brief zu verbindende Urkunden. Eine Erweiterung des Briefinhaltes ergiebt sich in gewissem Sinne dadurch, daß mit dem Hypothekenbriefe die Schuldurkunde, wenn eine solche besteht, verbunden werden soll. Die beiden bilden dann zusammen ein Ganzes, jedoch nicht in dem Sinne, daß die Schuldurkunde ein integrirender Bestandtheil des Hypothekenbriefes wäre, sondern sie ist und bleibt ein bloßer Anschluß und sollte sie abgetrennt werden oder verloren gehen, so genügt der bloße Hypothekenbrief zur Ausübung des Gläubigerrechts. Nach G.O. § 58 Abs. 1 Satz 1 soll, falls eine Urkunde über die Forderung, für welche die Hypothek besteht, ausgestellt ist, die Urkunde, wie bereits erwähnt, mit dem Hypothekenbriefe verbunden werden. Diese Vorschrift entspricht dem § 122 der preußischen G.O. Wenngleich vermöge der Gestaltung, welche die Hypothek im B. G.B. gefunden hat, insbesondere zufolge der Erweiterung zur Eigenthümerhypothek, zwischen Forderung und Hypothek nur noch ein loser Zusammenhang besteht, so empfahl sich die Verbindung mit der Schuldurkunde doch aus Zweckmäßigkeitsgründen, namentlich wurde dadurch verhindert, daß mißbräuchlicher Weise über die Hypothek und über die verbriefte Forderung besondere Verfügung getroffen wird. Die Vorschrift des § 58 G.O. bedurfte jedoch einer Einschränkung für solche Fälle, in denen sich die Schuldurkunde auf mehrere Hypothekenforderungen bezieht oder neben der Hypothekenforderung andere Angelegenheiten (z. B. Erbauseinandersetzungen, Kaufverträge u. s. w.) betrifft; deshalb genügt es hier, wenn ein öffentlich beglaubigter Auszug aus der Urkunde mit dem Briefe verbunden wird (G.O. § 58 Abs. 1 Satz 2). Im Falle der Verbindung des Briefes mit der Urkunde ist es zwecklos, daß der in den Brief aufzunehmende Auszug diejenigen Theile der Urkunde, auf welche das Grundbuch Bezug nimmt (G.O. § 57 Ziff. 3), insbesondere die in der Urkunde etwa enthaltene Eintragungsbewilligung, nochmals wiedergiebt; der § 58 Abs. 2 bestimmt daher, daß hier die Aufnahme des Inhalts der Urkunde in den

brief ist in den Art. 193, 195 Abs. 2 des Einf.Ges. enthalten. Es können nämlich die Landesgesetze vorschreiben, daß eine über ein Pfandrecht oder eine Grundschuld, welche zur Zeit, wo das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, an einem Grundstücke bestehen, ertheilte Urkunde als Hypothekenbrief gelten soll. Form und Inhalt richtet sich dann nach den Landesvorschriften. — Ueber Theil- und Gesammthypothekenbriefe vergl. §§ 22, 23.

Hypothekenbrief unterbleibt. Die Vorschrift über die Verbindung der Schuldurkunde mit dem Briefe findet keine Anwendung, wenn die Betheiligten von der Ausstellung einer Urkunde abgesehen haben. Mit Bezug hierauf ist zur Erleichterung des Hypothekenverkehrs in G.O. § 58 Abs. 3 bestimmt, daß das Nichtvorhandensein einer Schuldurkunde schon durch die Erklärung des Eigenthümers nachgewiesen werden kann; auf die Erklärung findet selbstverständlich der § 29 G.O. Anwendung. Vergl. Mot. zu G.O. 58.[17])[18])

Eine besondere Gattung von Urkunden, welche mit dem Hypothekenbrief in engstem Zusammenhange stehen, sind die Uebertragungsurkunden der §§ 1154 und 1155, weil, wenn sich der Gläubiger als solcher zu legitimiren hat, nicht die Vorlegung des Briefes allein genügt, es sei denn, daß der Gläubiger auch eingetragen ist, sondern die Uebertragungsurkunden mitvorgelegt werden müssen. Gewöhnliche Abtretungserklärungen können sowohl auf den Hypothekenbrief als auch auf ein besonderes Blatt Papier gesetzt werden, dagegen dürften Ueberweisungsbeschlüsse u. s. w. regelmäßig in gesonderten Schriftstücken enthalten sein. Obwohl diese Uebertragungsurkunden ein nothwendiges Zubehör des Briefes bilden (§ 1116), so hat doch weder das B.G.B. noch die G.O. irgend eine Vorschrift über etwaige Verbindung dieser Urkunden mit dem Briefe gegeben, sondern dies der landesgesetzlichen Regelung überlassen.[19])

[17]) Tritt dann später nach § 1177 Abs. 1 oder § 1198 eine Grund- oder Rentenschuld an die Stelle der Hypothek, oder wird gemäß § 1180 eine andere Forderung an die Stelle der ursprünglichen gesetzt, so ist beim Vermerk der Rechtsänderung auf dem Briefe die bisher mit demselben verbundene Schuldurkunde abzutrennen. Das Gleiche gilt, wenn eine Hypothek gelöscht wird. Die Schuldurkunde wird dann dem Antragsteller zurückgegeben. Eine Aufbewahrung derselben gemäß § 9 G.O. ist deshalb nicht nöthig, weil die Eintragung sich lediglich auf die Eintragungsbewilligung gründet, nicht aber auf die Schuldurkunde. G.O. §§ 65, 69.

[18]) Dagegen hat § 58 der G.O. davon abgesehen, die Verbindung der Eintragungsbewilligung mit dem Hypothekenbriefe zu fordern, wie es in G.O. I § 58 geplant war. Ebenso ist die Möglichkeit, Urkunden in Ur- oder Abschriften zu verbinden (G.O. I § 58) fallen gelassen und Verbindung in der Urschrift, abgesehen von G.O. § 58 Abs. 1 Satz 2, als Regel erfordert. Die Art der Verbindung (z. B. durch Schnur und Siegel) obliegt der Regelung der Landesjustizverwaltungen.

[19]) Von der Verbindung des Briefes mit anderen Urkunden ist zu unterscheiden die Verbindung mehrerer Hypothekenbriefe bei der Gesammthypothek (G.O. § 59 Abs. 2).

d) Aenderungen des Briefinhaltes. Der Inhalt eines Hypothekenbriefes kann verschiedenen Aenderungen unterliegen und zwar sowohl, ohne daß zugleich eine Aenderung im Grundbuche eintritt, als auch im Zusammenhange mit einer solchen. Ersteres ist regelmäßig nur dann zulässig, wenn das B. G.B. zur Aenderung des Rechtsverhältnisses eine Eintragung in das Grundbuch nicht erfordert. In diesem Falle kann die Aenderung auch durch Privatvermerk geschehen. Hierher gehören namentlich Quittungen über Theilzahlungen (obwohl § 1145 hier entweder Berichtigung des Grundbuches oder Bildung eines Theilhypothekenbriefes fordert), Beurkundungen über Thatsachen, welche die Einreden des § 1157 betreffen, in gewissem Sinne auch Uebertragungen der Hypothek, indem hier zu dem allerdings intakt bleibenden Inhalt des Briefes eine neue Uebertragungsurkunde hinzutritt, endlich alle jene Thatsachen, aus welchen die Unrichtigkeit des Grundbuches hervorgeht (§ 1140). Die meisten Aenderungen des Briefinhaltes aber ergeben sich im Zusammenhange mit einer Aenderung des Buchinhaltes. Denn wenn auch an sich der Brief nicht als Duplikat des Grundbuches in dem Sinne zu behandeln ist, daß zur Rechtsänderung eine Eintragung auch in den Brief erforderlich wäre (und umgekehrt), so ist es doch im Interesse der Rechtssicherheit dringend geboten, die im Grundbuche eintretenden Veränderungen auch auf dem Briefe ersichtlich zu machen. Diese Sorge übernehmen die §§ 42 und 62 G.O., aus deren Zusammenhalt sich die Regel ableiten läßt, daß keine Aenderung bei der betreffenden Hypothek eingetragen werden soll, ohne daß dieselbe zugleich auf dem Briefe vermerkt wird.

Endlich ist auch bei den übrigen Eintragungen im Grundbuch, welche nicht direkt die Hypothek betreffen (z. B. Vorrücken im Rang durch Löschung einer Vorhypothek) die Möglichkeit geboten, dementsprechend den Inhalt des Briefes abzuändern, indem hier G.O. 57 Abs. 3 das Grundbuchamt anweist, den im Brief enthaltenen Auszug aus dem Grundbuch auf Antrag zu ergänzen.

II. Erwerb des Briefes durch den Gläubiger bei Begründung der Hypothek.

§ 7.

1. Bedeutung der Uebergabe des Briefes.

a) Rechtsverhältniß bis zur Uebergabe des Briefes. Die Funktion des Hypothekenbriefes bei Begründung des hypothekarischen

Rechts besteht darin, den Uebergang der Hypothek auf den Gläubiger derart zu vermitteln, daß der Eigenthümer gegen die Gefahr, die Valuta nicht zu erhalten, möglichst geschützt wird. Die Rolle, die der Brief dabei spielt, ist folgende: Die Hypothek, gleichgültig, ob Brief- oder Buchhypothek, entsteht durch die Eintragung im Grundbuche.[20]) Sofort aber macht sich der Umstand, daß außer der Eintragung noch eine besondere Urkunde ertheilt werden soll, geltend. Die Buchhypothek entsteht nämlich unmittelbar mit der Einschreibung für den Gläubiger, die Briefhypothek dagegen für den Eigenthümer.[21]) (Vergl. § 1163 Abs. 2.) Konsequenz hievon ist, daß der Hypothekenbrief dem Eigenthümer des belasteten Grundstückes von Amtswegen auszuhändigen ist (G.O. 60). Die Briefhypothek steht sodann bis zur Uebergabe des Briefes an den Gläubiger dem Eigenthümer zu, gegen Hingabe der Darlehensvaluta übergiebt der Eigenthümer Zug um Zug den Brief und erst mit dieser Uebergabe des Briefes erwirbt der Gläubiger die Hypothek.[22]) Erst von diesem Augenblicke ab darf er über die Hypothek selbst verfügen, vorher konnte er höchstens seinen Anspruch auf Herausgabe des Briefes (vergl. sub c) zum Gegenstand eines Rechtsgeschäftes machen (§§ 1163 Abs. 2, 1117 Abs. 1).

[20]) Ohne Rücksicht, ob die Forderung zu Stande kommt oder nicht, im letzteren Falle als Grundschuld (§§ 1163 Abs. 2, 1177 Abs. 1).

[21]) Anders verhält sich das preußische Recht. Hier wird geschieden zwischen Hypothek und Grundschuld. Beide entstehen zwar unmittelbar mit der Eintragung für den Gläubiger, dieser erhält jedoch das Verfügungsrecht über die Grundschuld erst mit der Aushändigung des Grundschuldbriefes, kann also sein Recht nicht veräußern oder verpfänden, während er bei der Hypothek, sobald einmal die Eintragung erfolgt ist, in der Verfügung unbeschränkt ist (Achilles, E.E.G. § 20).

[22]) Der Grund für diese Bestimmungen liegt darin, daß im Verkehrsleben der gewöhnliche Fall nicht der ist, daß für eine bestehende Forderung hypothekarische Sicherheit bestellt wird, sondern daß ein Darlehen gegen Zug um Zug zu gewährende Sicherheit gegeben wird. Es mußte daher eine Form gefunden werden, die einen solchen Uebergang ermöglichte und dadurch den Eigenthümer davor schützte, eine Hypothek zu bestellen, ohne das dazu gehörige Darlehen zu erhalten. Theoretisch lassen sich obige Bestimmungen der §§ 1163 Abs. 2 und 1117 Abs. 1 mit folgenden Erwägungen rechtfertigen: Zur buchmäßigen Entstehung der Hypothek, d. h. zur Eintragung derselben genügt die bloße Eintragungsbewilligung des Eigenthümers (G.O. 19). Ob die Erfordernisse auch für Entstehung eines materiellen Gläubigerrechts vorhanden sind, darum kümmert sich der Grundbuchrichter nicht. Durch die bloße Bewilligung der

b) Uebergabe. Die Uebergabe des Briefes braucht keine wirkliche traditio zu sein, es genügt auch ein constitutum possessorium, traditio brevi manu oder Vindikationscession (§§ 1117, 929 Satz 2, 930, 931). Außerdem kann die Uebergabe durch die Vereinbarung ersetzt werden, daß der Gläubiger berechtigt sein solle, sich den Brief vom Grundbuchamte aushändigen zu lassen. Diese Vereinbarung ist an sich formlos, soll sie aber ihren Zweck erfüllen, so muß sie in Form des § 29 G.O. zur Kenntniß des Grundbuchamts gelangen (G.O. 60).[23]) Mit Abschluß der Vereinbarung tritt derselbe Effekt ein, wie wenn die Uebergabe selbst erfolgt wäre; dementsprechend entsteht die Hypothek, wenn die Vereinbarung vor der Eintragung geschlossen wird, mit der Eintragung sofort für den Gläubiger, andernfalls erwirbt er sie im Momente des Abschlusses. Unter Umständen hat der Gläubiger auch ein Recht, vom Eigenthümer die Bewilligung, daß ihm (dem Gläubiger) vom Grundbuchamt der Brief ausgehändigt werde, zu verlangen. Der Gläubiger kann nämlich, entsprechend dem sub c entwickelten Grundsatze, daß er gegen Zahlung der Valuta Aushändigung des Briefes zu fordern berechtigt ist, vom Momente des Entstehens der Forderung an Anerkennung des Bestandes der Forderung und die genannte Bewilligung begehren. Die Bewilligung kann natürlich auch durch Urtheil ersetzt werden.

c) Klage auf Herausgabe des Briefes. Obwohl die Hypothek dem Eigenthümer gemäß § 1163 Abs. 2 zusteht, so ist er doch verpflichtet, dem Gläubiger den Brief auszuhändigen und ihm so die Hypothek zu übereignen, wenn er seinen Verpflichtungen durch Zahlung der Valuta nachkommt. Denn aus dem Hypothekenbestellungsvertrag hat der Gläubiger gegenüber dem Eigenthümer einen obligatorischen Anspruch auf Bestellung und Uebereignung der Hypothek; der Eigenthümer ist an diesen Vertrag gebunden, auch wenn die damalige Einigung nicht die Erfordernisse des § 873 Abs. 2 erfüllte, da ja zur

Eintragung aber hat der Eigenthümer den Bestand der Forderung, soweit diese für das Recht aus der Hypothek in Betracht kommt, noch nicht wirksam anerkannt, diese Anerkennung erfolgt erst dadurch, daß er den ihm vom Grundbuchamt ausgehändigten Brief an den Gläubiger weiter begiebt. So lange er dies nicht thut, will er die volle Wirksamkeit der Eintragung nicht und der Bethätigung dieses Willens kann das Gesetz, ohne dem Eigenthümer zu nahe zu treten, die Anerkennung nicht versagen (M. 747, G.O. I Mot. zu § 60).

[23]) Nothwendig ist dabei nicht, daß die Vereinbarung als solche zur

Einigung noch die Eintragung gekommen ist (arg. § 873 Abs. 2). Der Uebereignungsanspruch des Gläubigers wird sich praktisch als Klage auf Herausgabe des Briefes darstellen,[24]) weil im Momente der Uebergabe des Briefes die Hypothek selbst übergeht. Wenn der Gläubiger aber so vom Eigenthümer Herausgabe des Briefes verlangt, muß er seinerseits beweisen, daß die Forderung wirklich entstanden ist (denn sonst hätte der Eigenthümer ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 vergl. § 1163 Abs. 1); zum Beweis der Forderung aber darf sich der Gläubiger nicht auf die Vermuthungen der §§ 1138, 891 berufen.[25])

Kenntniß des Grundbuchamtes gelangt, sondern es genügt die einseitige Aushändigungsbewilligung des Eigenthümers; in letzterem Falle muß nur diese den Erfordernissen des G.O. § 29 entsprechen. Achilles, G.O. § 122 i. f. hält die Aushändigungsbewilligung des Eigenthümers für das preußische Recht für widerruflich. Dem dürfte auch für das B. G.B. beizutreten sein, so lange nur eine einseitige Genehmigung des Eigenthümers, nicht die Vereinbarung selbst dem Grundbuchamte vorliegt; denn dieses kümmert sich um das unterliegende Rechtsverhältniß nicht. § 873 Abs. 2 ist hier unanwendbar, weil es zu einer Eintragung der Bewilligung ja nicht kommt.

[24]) Bezw. wenn der Brief in die Hände eines Dritten gekommen ist, auf Abtretung des Vindikationsanspruches (eine Anwendung des § 892 ist hier nicht möglich, weil die Abtretungserklärungen auf den eingetragenen Gläubiger zurückgehen müssen), oder wenn der Brief vernichtet oder abhanden gekommen ist, als Klage auf Cession des Rechts auf Kraftloserklärung und Erneuerung.

[25]) § 1138 sagt: „Die Vorschrift des § 891 .... gilt für die Hypothek auch in Ansehung der Forderung .... und § 891 bestimmt: Ist für Jemand im Grundbuch ein Recht eingetragen, so wird vermuthet, daß ihm das Recht zustehe." — Die Beweispflicht des Gläubigers, wie sie oben dargestellt ist, war deutlich in den Worten des § 1110 I. Entw. ausgesprochen: „Der Beweis der Entstehung der Forderung kann vom Gläubiger, so lange dieser nicht Inhaber des Hypothekenbriefes ist, durch die Eintragung der Hypothek in das Grundbuch und durch den Hypothekenbrief nicht geführt werden". Dieser Paragraph wurde in den jetzigen § 1117 umgewandelt, wo es nur heißt: „Der Gläubiger erwirbt die Hypothek erst mit der Uebergabe des Briefes." Es kann nicht fraglich sein, daß hierdurch die Beweisregel des § 1110 I. Entw. nicht beseitigt werden sollte, ebensowenig wie es die §§ 1117 und 1163 Abs. 2 in die Willkür des Eigenthümers stellen wollen, daß dem Gläubiger die Hypothek übereignet werde. Denn würde man dem Gläubiger zum Beweis seines Forderungsrechts die einfache Berufung auf die Eintragung desselben gestatten, so würde der Schutz, den § 1117 dem Eigenthümer dadurch, daß er ihm die Möglichkeit giebt, Zug um Zug gegen Zahlung der Darlehensvaluta die Hypothek zu übereignen, gewähren will, ziemlich illusorisch sein; der Gläubiger würde, gestützt auf die

d) Vermuthung des § 1117 Abs. 3. Sobald sich aber einmal der Gläubiger im Besitz des Briefes befindet, so wird vermuthet, daß die Uebergabe des Briefes erfolgt sei (§ 1117 Abs. 3) und es treten danach auch die Präsumptionen der §§ 1138, 891 in Kraft. Sollte der Brief also widerrechtlich in die Hände des Gläubigers gelangt sein, so steht zwar dem Eigenthümer das Recht zu, die Herausgabe des Briefes zu verlangen, doch muß er die Widerrechtlichkeit beweisen.[26]) Der Gläubiger kann zunächst ruhig abwarten, ob dem Eigenthümer dieser Beweis gelingt; ist das der Fall, so kann er die Herausgabe des Briefes immer noch durch den Gegenbeweis, daß die Forderung entstanden sei, abwenden, nur kann er sich zu diesem Zwecke nicht mehr auf die Eintragung im Grundbuch, d. h. auf die §§ 891, 1138 stützen; denn mit dem Fall der Präsumption des § 1117 Abs. 3 kommt auch die der §§ 891, 1138 in Wegfall und es tritt dasselbe Verhältniß ein, wie wenn der Brief nicht übergeben worden wäre.[27])[28])

Vermuthungen, wie sie sich aus der Eintragung ergeben, Herausgabe des Briefes verlangen, und dem Eigenthümer würde dann der schwierige, unter Umständen oft unmögliche Gegenbeweis, daß diese Präsumptionen der §§ 1138, 891 nicht zutreffen, obliegen. Dieses Resultat ist praktisch unbrauchbar. Allerdings treten die §§ 891, 1138 in einen gewissen Gegensatz zu §§ 1117, 1163 Abs. 2; dieser Widerspruch hebt sich aber mit der Erwägung, daß die §§ 1117, 1163 Abs. 2 den Sinn haben, daß die Vermuthungen der §§ 891, 1138 (nämlich daß die für den Gläubiger eingetragene Hypothek diesem zustehe und daß die Forderung wirklich bestehe) zunächst, so lange der Brief sich in den Händen des Eigenthümers befindet, cessiren und erst mit der Aushändigung des Briefes an den Gläubiger die Vermuthungen beginnen sollen. Vergl. Dernburg II § 12. Richtig dürfte es daher sein, zu sagen, daß in § 1117 implicite auch der Satz enthalten ist: „Der Gläubiger muß, wenn er Herausgabe des Briefes verlangt, beweisen, daß die Forderung entstanden ist, ohne sich auf die Eintragung im Grundbuche berufen zu können".

[26]) Gelingt dem Eigenthümer dieser Beweis der Widerrechtlichkeit nicht, so kann er seine Klage auf Herausgabe des Briefes eventuell darauf stützen, daß die Forderung nicht zu Stande gekommen sei, und er kann dann entweder auf dem Wege des § 1163 Abs. 1 Herausgabe des Briefes an seine Person verlangen oder gemäß §§ 894, 896 vorgehen; da er aber die Vermuthung des § 1117 Abs. 3 (und damit auch die der §§ 891, 1138) nicht zu zerstören vermocht hat, obliegt ihm hier der Nachweis, daß die Forderung nicht entstanden sei.

[27]) Gelingt es aber dem Gläubiger, den Brief und damit die Hypothek an einen gutgläubigen Dritten weiter zu begeben, so erwirbt dieser gemäß § 892 die Forderung und Hypothek; der Eigenthümer kann nicht mehr Heraus-

§ 8.

2. Eigenthum am Brief und Inhalt dieses Eigenthumes.

a) Der jeweilige Inhaber der Hypothek ist auch Eigenthümer des Briefes. Der Hypothekenbrief ist an sich Gegenstand des Eigenthums. Aber er hat einzig und allein die Bestimmung, den Zwecken der Hypothek zu dienen und deshalb hat die Rechtslogik dazu geführt, einem von der Hypothek unabhängigen Rechte am Briefe die Anerkennung zu versagen. Wenn es auch nahe lag, die Urkunde den Grundsätzen der Spezifikation zu unterwerfen und den fertigen Brief, wie jede andere bewegliche Sache, als Gegenstand der Eigenthumserwerbung zu behandeln, so war es doch nicht rathsam, jeden Inhaber des Briefes zur Herausgabe desselben an den Inhaber der Hypothek kraft Gesetzes zu verpflichten, ohne ein Eigenthum des Inhabers der Hypothek am Hypothekenbriefe zu unterstellen. Es wurde deshalb das Eigenthum am Hypothekenbriefe als untrennbar von der Hypothek gesetzt und dem jeweiligen Inhaber der Hypothek auch der Brief zugesprochen (M. 744). In diesem Sinne bestimmt § 952: „Das Eigenthum an dem über eine Forderung ausgestellten Schuldscheine steht dem Gläubiger zu. Das Gleiche gilt von Urkunden über andere Rechte, insbesondere von Hypothekenbriefen". Was hier zunächst nur vom Gläubiger ausgesprochen ist, das muß aber schlechthin vom Inhaber der Hypothek gelten, wenn einmal die Forderung erloschen ist.[29])

gabe des Briefes verlangen, es bleibt ihm nur der Regreß gegen den ersten Gläubiger. Zu Gunsten des Erwerbers aber wird fingirt, daß das Darlehen wirklich gegeben sei und der Eigenthümer wird deshalb aus der bestellten Hypothek verpflichtet (§ 1138). Doch kann der Eigenthümer sich gegen diese Folgen durch Eintragung eines Widerspruches in das Grundbuch sichern, wobei der Brief dem Grundbuchamt nicht vorgelegt zu werden braucht (G.O. § 42 Abs. 1 Satz 2). Doch muß diese Eintragung des Widerspruchs zeitlich der Abtretung der Forderung an den gutgläubigen Dritten vorangehen, um gegen diesen wirken zu können.

[28]) Wird die Darlehensvaluta überhaupt nicht gezahlt, so steht die Hypothek dem Eigenthümer zu, doch hat sie sich in eine Grundschuld verwandelt. §§ 1163 Abs. 1, 1177 Abs. 1. Vergl. hierbei §§ 18, 19 Anm. 126.

[29]) Denn der Hypothekenbrief ist nicht ein Schuldschein über die Forderung (der Schuldschein über diese wird mit ihm besonders verbunden), sondern eine Urkunde über das hypothekarische Recht; so lange allerdings die Forderung besteht, ist (abgesehen von § 1163 Abs. 2) kraft positiven Rechtssatzes (§ 1153) Forderung, Hypothek und Brief auf das engste verbunden. Nachdem aber mit dem Er=

Festzuhalten ist demnach: „Wem die Hypothek zusteht, dem gehört auch der Hypothekenbrief". Das B.G.B. hat diesen Satz in allen Stadien des hypothekarischen Rechts durchgeführt. Die Briefhypothek steht nach ihrer Eintragung zunächst dem Eigenthümer zu, demgemäß wird auch der Hypothekenbrief vom Grundbuchamt dem Eigenthümer ausgehändigt (G.O. 60. B.G.B. 1163 Abs. 2). In dem Augenblicke, in welchem dann der Gläubiger die Hypothek erwirbt, steht ihm auch das Eigenthum am Briefe zu. Praktisch ist dies im B.G.B. so eingerichtet, daß der Gläubiger mit der Uebergabe des Briefes die Hypothek erwirbt. Gleichgeartet ist das Rechtsverhältniß bei Uebertragung von Forderung und Hypothek; mit der Uebergabe des Briefes geht gleichzeitig das Eigenthum an Forderung und Hypothek über. Wird der Gläubiger befriedigt (vergl. § 16), so ist im Gegensatze zur Uebertragung der Rechtsübergang zwar nicht an die Uebergabe des Briefes geknüpft, gleichwohl aber auch hier der Satz, daß der Brief demjenigen gehört, welchem die Hypothek zusteht, aufrecht erhalten; denn gemäß §§ 1144, 1167, 1150, 774 kann derjenige, welcher mit der Befriedigung die Hypothek erwirbt, Herausgabe des Briefes an seine Person verlangen.[30]) Erlischt die Forderung, ohne daß der Befriedigende die Hypothek erwirbt oder verzichtet der Gläubiger auf die Hypothek, so steht diese dem Eigenthümer zu (§§ 1163 Abs. 1, 1168), welcher dann entweder auf Grund des § 952 Herausgabe des Briefes an seine Person verlangen kann oder auf dem Wege der §§ 894, 896 Vorlage des Briefes an das Grundbuchamt zu fordern berechtigt ist.[31])

---

löschen der Forderung nicht auch die Hypothek erlischt (§ 1163), so folgt hieraus, daß auch die Urkunde über das hypothekarische Recht in Funktion bleiben muß und dieselbe mangels eines persönlichen Gläubigers dann eben dem zusteht, welcher nach Erlöschen der Forderung die Hypothek erworben hat.

[30]) Wird der Gläubiger nur theilweise befriedigt, so kann zwar nicht Herausgabe des Briefes verlangt werden, das in Rede stehende Prinzip aber bleibt doch gewahrt, indem die Möglichkeit gegeben ist, für den auf den Befriedigenden übergehenden Theilbetrag der Hypothek einen Theilhypothekenbrief fertigen zu lassen (§§ 1145, 1167).

[31]) Eine kleine Ausnahme wird hier zu Gunsten desjenigen persönlichen Schuldners gemacht, welcher mangels Ersatzansprüche zwar nicht die Hypothek erwirbt, aber sonst ein rechtliches Interesse an der Berichtigung des Grundbuchs hat. Gegen Befriedigung des Gläubigers kann er Herausgabe des Briefes verlangen, doch ist sein Recht am Briefe nur ein vorübergehendes und erlischt mit der Durchführung der Berichtigung. Säumt er mit der Berichtigung, so kann

b) Inhalt des Eigenthums am Briefe. Dem Eigenthümer des Briefes stehen an sich alle Rechte zu, welche ein Eigenthümer als solcher hat. Jedoch ergiebt sich eine wichtige Schranke für den Gebrauch seiner Befugnisse daraus, daß der Brief kein selbständiges Vermögensobjekt mit selbständigem Verkaufswerth, sondern ein bloßes Zubehör ist, indem der Brief derart eng mit der Hypothek und, so lange die Forderung besteht, auch mit dieser verbunden ist, daß jede Verfügung über Forderung und Hypothek zugleich auch eine Verfügung über den Hypothekenbrief enthalten wird; so erstreckt sich z. B. das Recht eines Dritten an der Forderung bezw. Hypothek zugleich auch auf den Hypothekenbrief (§ 952 Abs. 1 Satz 2).

Umgekehrt wird regelmäßig in der Disposition über den Brief zugleich eine solche über das mit demselben verbundene Recht gelegen sein und müssen in solchen Fällen die vom B. G.B. etwa gegebenen Formen beobachtet werden (z. B. Uebergabe des Briefes gemäß §§ 1117, 1154). Darum dürfte im Allgemeinen zu sagen sein: „Dingliche Rechte am Briefe, sofern sie nicht zugleich an der Hypothek entstehen, können nicht begründet werden" (M. 745).[32])

Eine weitere wichtige Beschränkung des Eigenthumsrechts am Briefe ergiebt sich aus den §§ 894, 896, wonach derjenige, zu dessen Gunsten eine Berichtigung des Grundbuchs erfolgen soll, vom Besitzer des Briefes Vorlage des Briefes an das Grundbuchamt fordern kann. Allerdings wird hier der Eigenthümer des Briefes in den meisten Fällen ohnedies schon zur Vorlage des Briefes verpflichtet sein.

Ausfluß des Eigenthumsrechts am Briefe ist, wenn der Brief abhanden gekommen ist, der Anspruch auf Herausgabe (Vindikation), welcher dem Briefeigenthümer gegen jeden unrechtmäßigen Besitzer der Urkunde zusteht. Dieses Vindikationsrecht ist zu Gunsten des gutgläubigen dritten Erwerbers durch die §§ 892, 1155 durchbrochen:

---

ihn der Eigenthümer auf dem Wege der §§ 894, 896 zur Vornahme zwingen, da die Berichtigung regelmäßig auch zu Gunsten des Eigenthümers erfolgen wird.

[32]) Doch dürften auch Verfügungen über das Recht am Briefe allein möglich sein, z. B. Begründung eines Zurückbehaltungsrechts. Vergl. § 13 Anm. 79, Entsch. XVI S. 169. Ein solches Recht des Dritten erstreckt sich dann natürlich nicht auf Forderung und Hypothek; denn mit dem Besitz des Briefes ist nicht ohne Weiteres ein Recht auf Forderung und Hypothek gegeben, es würde hierzu neben der Uebergabe des Briefes auch des Abtretungsvertrages gemäß § 1154 bedürfen. Vergl. hierher auch Entsch. XV S. 58.

(vergl. hierüber § 11).[33]) Kann der Briefeigenthümer dann nicht ausfindig machen, wo der Brief sich befindet oder ist die Urkunde vernichtet, so hat derselbe nach § 1162 das Recht, Einleitung des Aufgebotsverfahrens und nach Erlaß des Ausschlußurtheils Erneuerung des Briefes zu verlangen. Durch das Aufgebotsverfahren ändert sich bezüglich des Eigenthums am Briefe nichts, der Inhaber der Hypothek ist sowohl vor als nach Erlaß des Ausschlußurtheils befugt, Herausgabe des Briefes von jedem zu verlangen, bei dem er ihn findet (vergl. § 20).

Auch sonst hat der jeweilige Eigenthümer des Briefes die Befugniß, einseitig die Ertheilung eines neuen Briefes zu beantragen, sei es nun, daß der alte Brief beschädigt und verunstaltet ist oder daß er in Folge der vielen Vermerke die Uebersichtlichkeit verloren hat. Die Einwilligung des Eigenthümers ist im Gegensatze zu § 64 G.O. I nicht erforderlich, die Neubildung erfolgt nach G.O. § 68 (vergl. § 12a i. f.)

III. Brief bei Uebertragung der Hypothek.

§ 9.

1. Erfordernisse der Abtretung.

a) Allgemeines. Eine Folge des accessorischen Charakters der Hypothek ist es, daß, sobald die Hypothek übertragen werden soll, dies nur in Verbindung mit der persönlichen Forderung geschehen kann. Der § 1153 drückt dies mit den Worten aus: „Die Hypothek kann nicht ohne die Forderung, die Forderung nicht ohne die Hypothek übertragen werden“. Dadurch ist es unmöglich, daß nach der Seite der Aktivlegitimation hin die persönliche Forderung und die dingliche Pfandhaftung auseinanderfallen.

Obwohl nun zur Abtretung der Hypothek Uebertragung der Forderung nöthig ist, so erfolgt der Rechtsübergang doch nicht nach

[33]) Dagegen unterliegt die Vindikation nicht den Beschränkungen des Satzes „Hand muß Hand wahren“, weil die Uebertragung des Briefes überhaupt nicht nach den Vorschriften über Uebertragung von beweglichen Sachen geregelt ist. — Dem Vindikationsanspruch können auch andere Rechte entgegenstehen; z. B. ein Pfandrecht oder eine Einrede aus dem zwischen dem Inhaber des Briefes und dessen Eigenthümer bestehenden obligatorischen Rechtsverhältnisse. Vergl. z. B. §§ 273, 986.

den Vorschriften über Uebertragung von Forderungen, sondern mit Rücksicht darauf, daß neben der Forderung ein dingliches Recht an einem Grundstücke besteht, sind für die Uebertragung besondere Vorschriften getroffen, neben welchen die allgemeinen Bestimmungen der §§ 398 bis 413 über Uebertragung von Forderungen nur insoweit, als sie durch erstere nicht abgeändert sind, in Betracht kommen.

Das B.G.B. hat die Uebertragung der Briefhypothek aber auch nicht an die allgemeinen Vorschriften über Abtretung von Rechten an Grundstücken, nämlich an die Eintragung in das Grundbuch, gebunden, sondern es hat das Institut des Hypothekenbriefes dazu benützt, die Abtretung der Forderung zu vermitteln.[34])

Das B.G.B. bezeichnet in § 1154 als Erfordernisse der Abtretung Ertheilung der Abtretungserklärung in schriftlicher Form und Uebergabe des Hypothekenbriefes. Doch ist dies nur ein ungenauer Ausdruck, der besagen will: Nach außen hin ist einseitige schriftliche Abtretungserklärung des Cedenten und Uebergabe des Briefes nöthig. Für das Rechtsverhältniß nach innen ist zu beachten: Zur Abtretung der Forderung ist ein Cessionsvertrag nöthig. Dieser Vertrag ist an sich formlos und unterliegt den allgemeinen Grundsätzen der Vertragslehre.[35]) Damit dieser Vertrag aber nach außen rechtsgültig in Wirksamkeit trete, ist im Interesse der Rechtssicherheit erforderlich, daß noch zwei besondere vom Gesetz aufgestellte Bedingungen erfüllt werden, nämlich Ausstellung einer Abtretungserklärung in schriftlicher Form und Uebergabe des Hypothekenbriefes. Erst mit Erfüllung der beiden Bedingungen ist die Abtretung beendet; aus dem Cessionsvertrage aber entspringt ein obligatorischer Anspruch auf Erfüllung dieser Bedingungen.[36])

[34]) Doch wäre es falsch, die Cession des hypothekarischen Rechts als Veräußerung des Hypothekenbriefes zu bezeichnen. Denn nicht der Brief als solcher, sondern das hypothekarische Recht ist Gegenstand der Abtretung; es kommt dies auch äußerlich darin zum Vorschein, daß nicht die Vorschriften über Veräußerung von beweglichen Sachen maßgebend sind.

[35]) Es erwirbt demnach der Cessionar die Forderung erst durch Annahme der Abtretungserklärung; demgemäß kann der Cedent, bevor die Annahme erklärt wird, die Abtretung widerrufen.

[36]) Sind die schriftliche Abtretungserklärung und die Uebergabe des Briefes gesetzliche Form oder gesetzliche Bedingung des Abtretungsvertrags? Dagegen, sie beide als gesetzliche Form aufzufassen, spricht der Umstand, daß durch diese beiden verschiedenen Momente, die einander gleichwerthig gegenüberstehen, für

Praktisch am wichtigsten sind natürlich die für den Uebergang des Rechts nach außen hin aufgestellten Erfordernisse.

b) Abtretungserklärung.

α) Einfache schriftliche und beglaubigte Form. Das B. G.B. verlangt nach § 1154 zum Rechtsübergang nur einfache schriftliche Form der Abtretungserklärung. Von dem allgemeinen Erforderniß einer gerichtlichen oder notariellen Beglaubigung derselben, wie es in § 1112 des I. Entw. aufgestellt war, ist abgesehen worden Doch ist hier zu beachten: Die Beglaubigung ist jetzt allerdings nicht mehr Bedingung der Gültigkeit des Cessionsgeschäftes; der Erwerber wird auch ohne die Beglaubigung dem Cedenten gegenüber Eigenthümer des Rechts aus der Hypothek. Aber der Eigenthümer des belasteten Grundstückes braucht, abgesehen von der Vorlage des Briefes, nur denjenigen als legitimirt zur Verfügung über die Hypothek anzuerkennen, welcher entweder im Grundbuche selbst eingetragen ist oder die Rechtsstellung eines eingetragenen Gläubigers genießt; letztere aber hat nur der, welcher sich durch eine zusammenhängende, auf den eingetragenen Gläubiger zurückführende Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen

die Uebertragung eine Doppelform geschaffen wäre. Außerdem wäre, wenn sie beide die Form des mit ihrer Hülfe die Rechtsänderung bewirkenden Vertrags wären, so lange nicht beide eingetreten sind, der Vertrag unvollendet und folglich jeder der Betheiligten zum Widerruf seiner Erklärung berechtigt. Ein derartiges Resultat ist wider Treu und Glauben im Verkehr. Faßt man bloß die Abtretungserklärung als gesetzliche Form auf, die Uebergabe aber als gesetzliche Bedingung, so würde gerade in einem der häufigst vorkommenden Fälle, nämlich daß gegen die Valuta zwar der Brief übergeben wird, die Beurkundung der Abtretung wegen der öffentlichen Beglaubigung auf einen geeigneteren Zeitpunkt verschoben wird, der Cedent einseitig widerrufen können, weil der Vertrag mangels der gesetzlichen Form unvollendet ist. Das wäre unbillig. Kehrt man das Verhältniß aber um, so wäre wiederum derjenige, welcher bloß die Abtretungsurkunde erhalten hat, benachtheiligt. Diese Resultate sind praktisch nicht brauchbar. Sobald man dagegen sowohl die Abtretungserklärung als auch die Uebergabe als gesetzliche Bedingungen der vertragsmäßigen Rechtsänderung auffaßt, ist die Konsequenz die, daß der Vertrag mit Abgabe der gegenseitigen mündlichen Erklärungen abgeschlossen ist, daß aber, um ihm äußere Wirksamkeit zu verleihen, noch der Eintritt der Bedingungen von Nöthen ist. Bei dieser Konstruktion ist es dann möglich, eine Klage auf Erfüllung der durch den Vertrag übernommenen Verbindlichkeiten, also auf Ertheilung der schriftlichen Abtretungserklärung und Uebergabe des Briefes, zu gewähren. Richtig dürfte es deshalb sein, beide für gesetzliche Bedingungen zu erklären.

als Gläubiger zu legitimiren vermag (§§ 1160, 1155 G.O. 40.)[37]) Soll also die Erfüllung der aus der Hypothek entspringenden Verbindlichkeit (anders bei der persönlichen Forderung, abgesehen von § 1161; vergl. auch § 15) nicht lediglich vom guten Willen des Eigenthümers des belasteten Grundstückes abhängig gemacht werden, so ist die Beglaubigung der Abtretungserklärung unerläßliche Voraussetzung der Legitimation des Cessionars.[38]) Wenn man so den Cessionar dazu zwang, die Abtretungserklärung beglaubigen zu lassen, so mußte man ihm, wenn er die Beglaubigung dennoch unterließ, ein Mittel an die Hand geben, um das Versäumte nachzuholen. Deshalb bestimmt der § 1154 Abs. 1 Satz 2 im Gegensatze zu der allgemeinen Vorschrift des § 403, daß auf Verlangen des Erwerbers der Cedent auf seine Kosten die Abtretungserklärung habe öffentlich beglaubigen zu lassen.[39])[40])[41])

β) Sonstige Form der Abtretungserklärung. Eine bestimmte Form der Abtretungserklärung ist nicht vorgeschrieben. Darüber, ob die Abtretungserklärung den Namen des Erwerbers enthalten muß, spricht sich das B.G.B. direkt nicht aus, doch dürfte zu sagen sein, daß es eine Blankoabtretung der Hypothek nicht kennt,[42]) noch weniger wäre

[37]) Dieser Gedanke findet sich in § 1144 ausgesprochen, wonach der Eigenthümer nur dem gegenüber zu leisten braucht, welcher ihn wiederum nach den Erfordernissen der G.O. zur Verfügung über die eingetragene Post zu legitimiren vermag; das kann aber nur der, welcher selbst eingetragen oder gemäß § 1155 legitimirt ist.

[38]) Auch sonst besteht für den Erwerber vielfach ein Interesse an der Beglaubigung, indem er z. B. den erhöhten Schutz der §§ 892, 1155 dadurch für sich gewinnt.

[39]) Dieses Recht ist nicht etwa ein bloß persönliches des betreffenden Cessionars, sondern es ist dergestalt mit der Hypothek verbunden, daß es, wenn letztere wieder auf einen Anderen übertragen wird, ohne Weiteres auf diesen übergeht. Vergl. Achilles, E.E.G. § 63.

[40]) Bei der Beglaubigung ist zu beachten, daß nicht die Abtretung als solche formalisirt wird, sondern lediglich die einseitige Abtretungserklärung des Cedenten, also nicht auch die Annahme des Erwerbers; endlich braucht nicht die Abtretungserklärung selbst eine gerichtliche oder notarielle zu sein, sondern bloß die Beglaubigung. Vergl. § 129.

[41]) Ueber die den öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen gleichstehenden Urkunden s. § 1155 Satz 2.

[42]) In Preußen giebt es zwar keine Blankocession der Hypothek, wohl aber eine solche der Grundschuld, welche indeß durch ausdrückliche gesetzliche Vor-

ein Blankoindossament genügend.[43]) In der Abtretungserklärung muß der Uebertragungswille ausgedrückt sein. Liegt diese Voraussetzung vor, so ist die Cession auch in Form des Indossaments (Für mich an die Ordre des X.) zulässig (Achilles E.E.G. § 55). Dabei ist aber zu beachten, daß hier die Abtretungserklärung nur die Form, nicht auch die rechtlichen Wirkungen des Indossaments hat.[44])

schrift statuirt ist. Schon mit Rücksicht hierauf deutet das Schweigen des B. G.B. bei Hypothek und Grundschuld darauf hin, daß eine Blankocession nicht stattfindet. Noch mehr ergiebt sich dies bei Betrachtung der rechtlichen Folgen der Blankocession. Der in blanco abgetretene Hypothekenbrief hat die Natur des Inhaberpapiers, ebenso wie der in blanco indossirte Wechsel (Achilles, E.E.G. § 55, Stobbe § 113, Dernburg II § 29 Ziff. 2, vergl. dagegen auch Meibom § 29). Denn soll die Blankocession wirklich eine solche sein, so darf die Entäußerung nicht bloß unmittelbar zu Gunsten desjenigen, welchem der bisherige Gläubiger in der Absicht der Uebertragung den Hypothekenbrief mit der Blankocession übergiebt, geschehen, sondern es muß damit zugleich die rechtliche Folge verbunden sein, daß jeder spätere Inhaber die Rechte des Gläubigers als eigene ausüben darf, ohne vorher genöthigt zu sein, die Abtretungserklärung des Blankocedenten ausfüllen oder seinerseits eine weitere Cessionsurkunde ausstellen zu müssen. Gerade dies aber verträgt sich nicht mit dem § 1154, wo für jeden einzelnen Fall der Abtretung eine besondere Erklärung verlangt wird. Erwägt man endlich, daß dem Bedürfniß, für welches in Preußen die Blankoabtretung der Grundschuld geschaffen wurde, im B. G.B. dadurch entgegen gekommen ist, daß es Inhabergrundschuldbriefe giebt (vergl. hierher auch § 1187), so wird man zu dem Schlusse kommen, daß das B. G.B. eine Blankoabtretung mit den rechtlichen Wirkungen einer solchen nicht kennt. Aus dem Umstande, daß § 1155 eine Reihe von zusammenhängenden, auf den eingetragenen Gläubiger zurückführbaren Abtretungserklärungen verlangt, dürfte auch der Schluß gerechtfertigt erscheinen, daß die Abtretungserklärung den Namen des Erwerbers zu enthalten hat.

[43]) § 126 schreibt vor: „Ist durch Gesetz die schriftliche Form angeordnet, so muß die Urkunde vom Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift unterzeichnet werden.“ Demnach ist das Vorhandensein einer Abtretungserklärung vorausgesetzt, welche dann der Cedent zu unterzeichnen hat.

[44]) Denn das hypothekarische Recht kann, da der Hypothekenbrief kein Ordrepapier ist, nicht durch Indossament, sondern nur nach den hierfür besonders aufgestellten Regeln, (welche sich im Allgemeinen der römischen Cession anschließen) übertragen werden; es kann also hier nur eine nach Art und Weise des Indossaments auf den Hypothekenbrief gesetzte Cessionserklärung vorkommen. Daß es kein wirkliches Indossament beim Hypothekenbriefe giebt, besagen die M. 750 und 617, wonach es heißt: „Ein Bedürfniß, den Brief zu einem indossabeln Papier zu machen, ist nicht anzuerkennen“ bezw. wo der Unterschied zwischen Wechsel und Hypothekenbrief gerade in dem Unterschiede zwischen Indossament und Abtretungserklärung gefunden wird.

Was den Platz der Abtretungserklärung betrifft, so ist es für die Gültigkeit des Geschäftes ohne Einfluß, ob die Erklärung auf den Hypothekenbrief gesetzt oder auf einem besonderen Blatt Papier beurkundet wird. Doch scheint das B.G.B. gesonderte Abtretungsurkunden im Auge zu haben, wenn in den M. 750 gesagt wird: Wenn nach einer Reihe von Uebertragungen der durch dieselben legitimirte Erwerber sich in das Grundbuch eintragen läßt, so verlieren alle die bisherigen Uebertragungen für den Verkehr ihren Werth und würden, wenn sie mit dem Briefe verbunden bleiben müßten, denselben zwecklos beschweren. (Vergl. auch G.O. § 9.)[45])

γ) Rechtliche Natur der Abtretungserklärung. Bezüglich der rechtlichen Bedeutung der Abtretungserklärung ist zu sagen, daß diese ihrer Natur nach eine Legitimation des Cessionars zum Besitzerwerb der Hypothek bildet. Nahe liegt hier ein Vergleich mit dem Indossament. Wie das Indossament, so hat auch die Abtretungserklärung eine Transport- und eine Garantiefunktion. Die Transportfunktion ist bei beiden die gleiche, sie übertragen das in der Urkunde verbriefte Recht auf den dritten Erwerber; während aber jedes Indossament, sei es ächt oder unächt, den Rechtsübergang vermittelt, vermag dies nur die ächte Abtretungserklärung. Bezüglich der Garantiefunktion weichen die beiden von einander ab. Schon soweit in dem Schutze des gutgläubigen Erwerbers eine Garantiefunktion erblickt werden kann, ist ein Unterschied gegeben, indem bei der durch Indossament übertragenen Urkunde der Schutz des Dritten ein selbständiger ist, während er beim Hypothekenbriefe sich an den öffentlichen Glauben des Grundbuches anlehnt. Eine Garantiefunktion endlich in dem Sinne, daß wie beim Wechsel der Indossant wechselmäßig verhaftet würde, ist der Abtretungserklärung völlig fremd.

δ) Ersatz der Abtretungserklärung durch Eintragung im Grundbuch. Die schriftliche Form der Abtretungserklärung kann dadurch ersetzt werden, daß die Abtretung in das Grundbuch eingetragen wird. Hierdurch wird aber lediglich die Abtretungserklärung ersetzt; das Erforderniß der Uebergabe des Briefes bleibt daneben bestehen. Denn sonst wären zwei verschiedene Uebertragungsformen gegeben, welche

[45]) Ueber die etwaige Verbindung der Abtretungserklärungen mit dem Briefe oder über Formulare dieser Abtretungserklärungen können die Landesjustizverwaltungsbehörden natürlich nähere Bestimmungen treffen.

aber nicht nur vom praktischen Bedürfnisse nicht erfordert werden, sondern lediglich die Rechtssicherheit gefährden würden (M. 749). Damit die Abtretung eingetragen werden kann, muß der abtretende Gläubiger abgesehen von der Vorlage des Briefes entweder selbst im Grundbuche eingetragen sein oder sich gemäß § 1155 legitimiren können (vergl. hierzu auch § 10; G.O. § 40). Zur Eintragung genügt die einseitige Bewilligung des Cedenten, — des Nachweises der Annahme der Abtretungserklärung bedarf es nicht — und zwar muß die Eintragungsbewilligung entweder zu Protokoll des Grundbuchamts abgegeben oder demselben durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden (G.O. 29). Endlich muß dem Grundbuchamt gemäß G.O. § 42 der Brief vorgelegt werden, auf welchem dann die Umschreibung vermerkt wird (G.O. 62). Auch bei dieser Art der Abtretung erwirbt der Eingetragene die Hypothek erst mit der wirklichen, oder nach §§ 929, 930, 931, 1117 Abs. 2 ersetzten Uebergabe des Briefes. Praktisch wird sich die Sache meist so gestalten, daß der Cedent den Brief zum Zwecke der Eintragung der Abtretung dem Grundbuchamte vorlegt, welches denselben nach vollzogener Umschreibung mit dem entsprechenden Vermerk an den Antragsteller zurückgiebt.[46]) Dieser hat es dann in seiner Hand, den Brief nur gegen Zahlung der Valuta dem Cessionar auszuhändigen.[47])

c) Uebergabe des Briefes.

[46]) Selbstverständlich kann der Cedent dem Grundbuchamt gegenüber auch bestimmen, daß der Brief von demselben dem Cessionar ausgehändigt werden solle (vergl. § 7 b), was für den Zeitpunkt des Rechtsüberganges von Bedeutung ist.

[47]) Hat der Cedent gegenüber dem Grundbuchamt nur eine einseitige Umschreibungsbewilligung abgegeben, so kann er diese, so lange nicht die Eintragung hinzugekommen ist, widerrufen (arg. § 873 Abs. 2). Ist die Umschreibung im Grundbuch aber vollzogen, so darf der Grundbuchrichter dieselbe auf einseitigen Antrag des Cedenten nicht mehr löschen, auch wenn dieser den Brief mit der Behauptung wieder vorlegt, daß die beabsichtigte Uebertragung nicht zu Stande gekommen sei. Es würde das gegen G.O. § 19 verstoßen und außerdem hat der Grundbuchrichter kein Mittel, die Richtigkeit dieser Behauptung festzustellen; denn aus der Thatsache allein, daß der Cedent noch im Besitze des Briefes ist, kann nicht mit genügender Sicherheit geschlossen werden, daß die Abtretung nicht zu Stande gekommen ist. Es kann deshalb die einmal erfolgte Umschreibung nur mit Zustimmung des betreffenden Cessionars gelöscht werden; die Zustimmung kann auf dem Wege des § 894 eventuell erzwungen werden. Vergl. § 19 Anm. 6.

α) Uebergabe des Briefes selbst. Als zweites gleich wichtiges Erforderniß tritt neben die schriftliche Abtretungserklärung die Uebergabe des Hypothekenbriefes.[48]) Dabei finden die Vorschriften des § 1117 entsprechende Anwendung. Der neue Gläubiger erwirbt daher die Hypothek erst, wenn ihm der Brief vom Cedenten übergeben wird (vergl. sub d). Die Uebergabe braucht auch hier keine wirkliche Tradition zu sein, es genügt constitutum possess., trad. brevi manu und Vindikationscession. Auch § 1117 Abs. 2 kann unter Umständen Anwendung finden, nämlich dann, wenn bei Begründung der Hypothek der Gläubiger berechtigt ist, sich den Brief vom Grundbuchamt aushändigen zu lassen und er die Forderung abtritt, bevor er noch den Brief erhalten hat. Hier kann die Uebergabe durch die Vereinbarung ersetzt werden, daß der neue Gläubiger berechtigt sein solle, sich den Brief vom Grundbuchamt aushändigen zu lassen. (Vergl. § 7b und G.O. 60 Abs. 2.) Eine weitere Anwendung von § 1117 Abs. 2 siehe in Anm. 46.

β) Uebergabe der Uebertragungsurkunden. Dagegen fordert § 1154 zur **Gültigkeit** der Cession nicht auch die Uebergabe der den Cedenten legitimirenden Uebertragungsurkunden. Doch ist zu sagen: Der abtretende Gläubiger, der nicht im Grundbuche eingetragen ist, ist in entsprechender Ausdehnung des § 402 auch verpflichtet, die ihn selbst legitimirenden Urkunden dem Cessionar auszuliefern. Denn Zweck der Abtretung ist, das hypothekarische Recht so, wie es dem Cedenten zustand, auf den Cessionar zu übertragen: werden aber die bisherigen Abtretungserklärungen nicht mitübergeben, so wird die Geltendmachung der Gläubigerrechte in den meisten Fällen vollständig vereitelt werden. Der Uebergabe

[48]) Anders das preußische Recht. Hier genügt der Abtretungsvertrag. Die Erklärung des Cedenten unterliegt der allgemeinen Vertragsform, welche im gegebenen Falle nach preußischem Landrechte die schriftliche ist (Forderungen, über welche schriftliche Urkunden vorhanden sind, können nur schriftlich abgetreten werden). Die Uebergabe des Briefes ist also nicht nöthig. Dabei kam man aber in die Enge, wenn dieselbe Hypothek mehrmals abgetreten wurde und einer der späteren Cessionare den Brief erhielt. In einem solchen Falle spricht das Reichsgericht (Entsch. X S. 198) demjenigen der mehreren Cessionare das Recht zu, welcher den Brief besitzt. So ist die Uebertragung der Hypothek gestaltet. Dagegen zur Abtretung der Grundschuld ist nach der Praxis des Reichsgerichts Uebergabe des Grundschuldbriefes nöthig. Nach mecklenburgischem Recht ist mit der Cession regelmäßig auch die Uebergabe des Hypothekenscheins verbunden, doch geht auch hier das hypothekarische Recht nicht erst mit der Uebergabe des Briefes, sondern durch den bloßen Abtretungsvertrag über.

der Abtretungserklärungen bedarf es natürlich dann nicht, wenn der cedirende Gläubiger gleich den Eintrag in das Grundbuch bewilligt.

Gemäß § 1117 Abs. 3 endlich wird vermuthet, daß, wenn der neue Gläubiger im Besitze des Briefes ist, die Uebergabe erfolgt sei. Ueber die Bedeutung dieser Vermuthung vergl. § 7 d. Die Präsumption tritt ein, gleichgültig ob der Cessionar eine schriftliche Abtretungserklärung des Cedenten in Händen hat oder nicht, nur muß er in letzterem Fall den Nachweis des Cessionsvertrages erbringen.

d) Verhältniß zwischen Uebergabe und Abtretungserklärung. Die schriftliche Abtretungserklärung und die Uebergabe des Briefes sind beide formell gleichwerthige Erfordernisse zur Uebertragung der Hypothek. Faktisch allerdings ist die Uebergabe des Briefes von größerem Werth, weil dadurch der Cedent außer Stande gesetzt wird, anderweitig über die Hypothek zu verfügen. Dabei können die Abtretungserklärung und die Tradition gleichzeitig erfolgen oder zeitlich auseinanderfallen. Ist zuerst der Brief übergeben und erfolgt die schriftliche Abtretungserklärung erst hinterdrein, so erwirbt der Gläubiger die Hypothek natürlich erst mit der Abtretungserklärung;[49]) Entsprechendes gilt im umgekehrten Falle; denn erst, wenn beide Momente gegeben sind, ist der Rechtsübergang vollendet.[50]) Sollte der Cedent trotz Uebergabe des Briefes sich weigern, die Abtretungserklärung auszustellen, so kann diese eventuell durch Richterspruch ersetzt werden, wie umgekehrt, wenn nur die Abtretungserklärung ertheilt ist, auf dem Wege der Klage die Herausgabe des Briefes erzwungen werden kann. (Vergl. auch § 14.)

§ 10.

2. Eintragung der Abtretung.

a) Eintragung. Das B. G.B. hat die Uebertragung der Briefhypothek nicht an die Eintragung in das Grundbuch gebunden. Doch

[49]) Die Bezugnahme auf § 1117 Abs. 1, wonach der Gläubiger die Hypothek erst mit der Uebergabe des Briefes erwirbt, steht nur im Gegensatze zur bloßen mündlichen Abtretungserklärung.

[50]) Durch den Akt der Uebergabe des Briefes und der Ausstellung der Abtretungserklärung hört der Cedent auf, Gläubiger zu sein; nicht erforderlich ist die Benachrichtigung (Denuntiation) des persönlichen Schuldners oder Eigenthümers, wenn dies auch mit Rücksicht auf Zahlung von Zinsen und sonstige Nebenleistungen wegen der §§ 1156, 1158, 406—408 wünschenswerth ist (Landesgesetze können dann als Ordnungsvorschrift die Benachrichtigung anordnen).

konnte sich der Gesetzgeber der Forderung, die Eintragung der Abtretung zu ermöglichen, nicht verschließen. Es liegt dies nämlich sowohl im Interesse der allgemeinen Rechtssicherheit — der Grundbuchinhalt soll möglichst mit der wirklichen Rechtslage übereinstimmen — als auch im Interesse des neuen Gläubigers selbst. Denn obwohl letzterer in dem Falle, wo er überhaupt Eintragung verlangen kann, nämlich dann wenn er gemäß § 1155 legitimirt ist, materiell dieselbe Rechtsstellung hat, wie wenn er im Grundbuch eingetragen wäre, so bietet ihm doch die Eintragung praktisch manche Vortheile.[51])

Demgemäß wurde in G.O. § 26 die Eintragung der Uebertragung einer Briefhypothek geregelt. Hierbei ist eine Abweichung von dem allgemeinen Satze des Grundbuchrechts, daß eine Eintragung nur erfolgen soll, wenn derjenige, dessen Recht von ihr betroffen wird, sie bewilligt, (G.O. 19) zu verzeichnen.[52])

Nach G.O § 26 wird zur Eintragung der Abtretung einer Hypothek nicht etwa eine Eintragungsbewilligung des gewesenen Berechtigten verlangt, sondern es genügt nach dem Vorgange der preuß. G.O. § 80, daß an Stelle der Eintragungsbewilligung die Abtretungserklärung des

---

[51]) So wird er dadurch, daß er sich in das Grundbuch eintragen läßt, von der Nothwendigkeit befreit, den Rechtsübergang auf seine Person zu beweisen; er ist ferner der Mühe der Aufbewahrung der Uebertragungsurkunden enthoben, ebenso der mit dem Verluste derselben verbundenen Weiterungen; so lange er selbst nicht eingetragen ist, ist er der Gefahr ausgesetzt, daß der bisherige Gläubiger, wenn dieser den Brief auf irgend welche Weise in seine Hände bekommt, zu Gunsten eines Dritten darüber verfügt. Auch darf nur der eingetragene Gläubiger darauf rechnen, von der Einleitung eines Zwangsvollstreckungsverfahrens und sonstigen sein Interesse berührenden Rechtsveränderungen amtlich benachrichtigt zu werden. Die Eintragung der Abtretung einer Hypothek hat übrigens eine ganz andere Bedeutung als die Eintragung der Veräußerung oder Belastung von Grundstücken. Sie ist nicht Form des Rechtsgeschäftes, durch welches die Rechtsänderung bewirkt wird, sondern hat nur den Zweck, die Rechtsänderung durch das Grundbuch zu veröffentlichen (Achilles, E.G. § 52).

[52]) § 40 Abs. 1. Auch von dem Prinzip des § 40 Abs. 1 der G.O. ist eine Ausnahme getroffen, indem es möglicher Weise nicht der eingetragene Gläubiger ist, dessen Recht betroffen wird, sondern Zwischencessionare vorhanden sind. Doch bleibt das Prinzip des § 40 Abs. 1 insofern gewahrt, als der letzte Cessionar, damit es zur Eintragung kommen kann, seine Legitimation gemäß § 1155 darlegen muß und er dann so betrachtet wird, als wäre er im Grundbuche eingetragen (G.O. § 40 Abs. 2).

bisherigen Gläubigers vorgelegt wird.[53])[54]) Dabei ist es leicht möglich, daß der abtretende Gläubiger nicht selbst im Grundbuche eingetragen ist und es obliegt dann dem Antragsteller, dem Grundbuchamt den Nachweis zu erbringen, daß der Cedent wirklich der Gläubiger war. Dies geschieht am einfachsten durch Vorlage der verschiedenen Abtretungserklärungen vom eingetragenen Gläubiger angefangen bis herab auf den Cedenten selbst, so daß dieser durch eine Reihe zusammenhängender Abtretungserklärungen legitimirt ist. Man kann deshalb den Satz des § 26 der G.O. dahin verallgemeinern, daß es zur Eintragung der Uebertragung einer Hypothek genügt, wenn an Stelle der Eintragungsbewilligungen der Cedenten die Abtretungserklärungen derselben in zusammenhängender Reihenfolge vorgelegt werden. Soweit sich dabei der Uebergang der Hypothek nicht gerade auf eine Cession gründet, muß eine andere Urkunde über diesen Rechtsübergang vorgelegt werden. Jedoch genügen zum Beweise des Gläubigerrechts des Antragstellers nicht die einfachen schriftlichen Abtretungserklärungen des § 1154, sondern das Grundbuchamt muß eine zuverlässigere Grundlage zur Prüfung der Voraussetzungen der Eintragung haben. Deshalb ist nötig, daß die Abtretungserklärungen und sonstigen Uebergangsurkunden den Erfordernissen des G.O. § 29 entsprechen, also entweder öffentlich beglaubigte oder öffentliche Urkunden sind.[55])

---

[53]) Es wird also fingirt, daß in jeder Abtretungserklärung zugleich die Einwilligung des Cedenten zur Umschreibung liege.

[54]) Einer solchen Abtretungserklärung steht gleich ein gerichtlicher Ueberweisungsbeschluß oder das öffentlich beglaubigte Anerkenntniß einer kraft Gesetzes erfolgten Uebertragung der Forderung (§ 1155).

[55]) Es können Zweifel entstehen, ob, nachdem die Uebertragung der Hypothek durch gewöhnliche schriftliche Abtretungserklärungen gestattet ist und G.O. § 26 keineswegs von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen spricht, der § 29 der G.O. auf die Eintragung von Hypotheken anwendbar ist. Hier ist zu sagen: Schon durch seine systematische Stellung hat § 29 Anwendung auf § 26 zu finden. Zweck des § 29 ist, dem Grundbuchamt eine zuverlässige Grundlage zur Prüfung der Voraussetzungen einer Eintragung zu verschaffen und es ist bei Eintragung der Uebertragung einer Briefhypothek kein Grund einzusehen, warum hier das Grundbuchamt weniger genau als sonst verfahren sollte. Sonst würde auch nur die Eintragung desjenigen erleichtert werden, welcher nicht wirklich Gläubiger ist; denn man kann dem Grundbuchamt nicht zumuthen, alle die Abtretungserklärungen auf ihre Aechtheit zu prüfen. Auch aus anderen Bestimmungen des Hypothekenrechts läßt sich die Nothwendigkeit der

Befindet sich unter den mehreren Abtretungserklärungen eine nicht beglaubigte, so kommt § 1154 Abs. 1 Satz 2 zur Anwendung, wonach der bisherige Gläubiger auf seine Kosten die Abtretungserklärung beglaubigen zu lassen hat, sobald der Cessionar dies verlangt. Sollte die Forderung inzwischen weiter übertragen worden sein, so ist, da der Cessionar in alle Rechte des Cedenten eintritt, anzunehmen, daß der Erwerber auch das Recht seines Vormannes, öffentliche Beglaubigung zu verlangen, erworben habe.[56]) Eventuell muß die fehlende öffentliche Beglaubigung auf dem Prozeßwege ergänzt werden.

Ein weiteres Erforderniß zur Eintragung der Abtretung ist endlich die Vorlage des Hypothekenbriefes.[57]) Es ergiebt sich das aus G.O. § 42.

Hat sich dann das Grundbuchamt von der Legitimation des Antragstellers überzeugt, so hat es die Umschreibung der Hypothek auf dessen Namen zu bethätigen, ohne daß Nennung der Zwischeninhaber nothwendig ist.[58]) Die Umschreibung wird sodann, soweit nicht Er-

---

in G.O. § 29 bezeichneten Form schließen. So wäre es widersinnig, dem Eigenthümer einen Widerspruch gegen Geltendmachung der Gläubigerrechte gegenüber dem zu geben, welcher sich nicht nach den Vorschriften des § 1155 legitimiren kann, wenn dieser Gläubiger es so leicht hätte, durch seine Eintragung den Widerspruch zu beseitigen. Ebenso wäre die Bestimmung des § 1154 Abs. 1 Satz 2 zwecklos, wenn auf Grund gewöhnlicher schriftlicher Abtretungserklärungen die Eintragung erfolgen könnte. Zum nämlichen Resultat gelangt man bei Betrachtung des preußischen Rechts, auf dem ja im Allgemeinen das Hypothekenrecht des B.G.B. beruht. Eine Eintragung des Cessionars kann hier nur erfolgen, wenn derselbe sich außer dem Hypothekenbriefe durch Vorlage von öffentlich beglaubigten Urkunden legitimirt (Achilles G.O. § 79).

[56]) Es kann also der derzeitige Inhaber des Briefes sowohl durch Vermittelung seines eigenen Cedenten als auch direkt von dem früheren Gläubiger die Beglaubigung der von diesem ausgestellten Abtretungserklärung verlangen. Eine weitere Verbindlichkeit des Cedenten, dem Cessionar zur Eintragung zu verhelfen, dürfte nicht bestehen.

[57]) In Mecklenburg war zur Umschreibung auf den Cessionar bei gewissen Grundstücken nöthig, daß der Eigenthümer des belasteten Grundstückes den Gläubiger als solchen zuvor anerkannt hatte (Agnition) (Meibom § 29).

[58]) Es ist dies zwar nirgends ausdrücklich ausgesprochen, ergiebt sich aber daraus, daß es überflüssig wäre, die Zwischeninhaber alle zu nennen, und daß außerdem gemäß G.O. § 9 die in Wegfall kommenden Uebertragungsurkunden vom Grundbuchamte aufbewahrt werden (in Urschrift, soweit sie nicht auf dem Briefe selbst enthalten sind, in Abschrift, wenn sie auf dem Briefe selbst vermerkt

theilung eines neuen Briefes verlangt wird, auf dem Hypothekenbriefe vermerkt (G.O. § 62) und der Brief dem Antragsteller zurückgegeben.

b) Ersatz der Eintragung. Die Eintragung der Abtretung bietet nach dem sub Anm. 51 Gesagten dem Gläubiger praktisch manche Vortheile. Außerdem gewährt sie gegenüber der gewöhnlichen Abtretungsform, wie diese in § 1154 statuirt ist (einfache Schriftlichkeit), dem Cessionar auch materiell mehr Rechte. (Vergl. §§ 891, 892, 1160.) Sollte diesem letzteren Punkt gegenüber die schriftliche Abtretungserklärung für die Abtretung der Hypothek nicht alle Bedeutung verlieren, so mußten im Interesse des leichten Verkehrs Bestimmungen getroffen werden, durch welche der Cessionar sich rechtlich wenigstens nicht schlechter stellte, als wenn er die Abtretung sofort eintragen ließ. Dieser Zweck wurde nun nicht etwa dadurch erreicht, daß man die einfachen schriftlichen Uebertragungsurkunden schlechthin der Eintragung gleichstellte, sondern im Interesse der Sicherheit forderte man zur rechtlichen Gleichstellung öffentlich beglaubigte Abtretungserklärungen, also dieselben Voraussetzungen, unter welchen sofort die Eintragung im Grundbuche bethätigt werden konnte. In diesem Sinne bestimmt § 1155: „Ergiebt sich das Gläubigerrecht des Besitzers des Hypothekenbriefes aus einer zusammenhängenden, auf den eingetragenen Gläubiger zurückzuführenden Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen, so finden die Vorschriften der §§ 891—899 in gleicher Weise Anwendung, wie wenn der Besitzer als Gläubiger im Grundbuch eingetragen wäre.“[59]) Die Legitimation gemäß § 1155 setzt also den Gläubiger in den vollen, ungeschmälerten Besitz der Gläubigerrechte, nur der thatsächlichen Vortheile, wie sie in Anm. 51 angeführt sind, muß er entbehren.[60])

---

sind). Allerdings hat die preuß. G.O. § 81 ausdrücklich ausgesprochen, daß es der Nennung der Zwischeninhaber nicht bedürfe, aber nur mit Rücksicht darauf, daß nach der Instruktion von 1853 die Zwischenübertragungen bei der Eintragung historisch erwähnt werden mußten. Es darf also aus dem Schweigen des B.G.B. kein Schluß in der Richtung gezogen werden, daß die Zwischenübertragungen eingetragen werden müßten. Uebrigens ist hier ein Eingreifen der Landesgesetzgebung wahrscheinlich.

[59]) Fehlt in der Reihe eine Urkunde oder ist sie nicht öffentlich beglaubigt, dann tritt der Schutz des § 1155 nicht ein (über die Beseitigung dieses Mangels vergl. das zu Anm. 56 Gesagte). Vergl. auch Anm. 54.

[60]) Hat eine Rückabtretung an einen früheren Cedenten stattgefunden, so müßten eigentlich sämmtliche Uebertragungsurkunden vorgelegt werden. That-

§ 11.

3. Schutz des gutgläubigen Erwerbers der Briefhypothek.

a) Voraussetzungen des Schutzes. Nachdem die Abtretung der Briefhypothek an die Uebergabe des Briefes, nicht an die Eintragung im Grundbuch geknüpft ist, mußte das Gesetz dafür Sorge tragen, daß von dieser Uebertragungsform womöglich mit derselben Sicherheit, welche die Eintragung im Grundbuche bot, Gebrauch gemacht werden konnte.

Denkbar wäre es nun gewesen, den Schutz des dritten Erwerbers gemäß § 932 zu gestalten. Aber wie die Abtretung der Briefhypothek nicht nach den Vorschriften der Uebertragung des Eigenthums an beweglichen Sachen geregelt wurde, so hat das B. G.B. in Bezug auf den Schutz des gutgläubigen Erwerbers einen anderen Weg als beim Mobiliarverkehr eingeschlagen; es beurtheilt das Verhältniß zu Gunsten des Erwerbers der Hypothek so, wie im Falle der Eintragung des Rechtsurhebers, lehnt also den Schutz des Cessionars an das Eintragungsprinzip an. (M. 753.)

Es gestaltet sich daher der Schutz des Cessionars gemäß den Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs, wie derselbe vornehmlich in den §§ 891—893 zu Tage tritt.

Geschützt wird nur derjenige, welcher ein Recht an einem Grundstücke durch Rechtsgeschäft erwirbt, wobei es gleichgültig ist, ob das Rechtsgeschäft ein entgeltliches oder ein unentgeltliches ist.[61])

Geschützt wird auch nur der gutgläubige Erwerber. Gutgläubig ist derselbe aber nur dann, wenn er das seinem Rechte im Wege stehende Rechtsverhältniß nicht gekannt hat, als er die Briefhypothek erwarb. Dabei wird aber der gute Glaube durch den Inhalt des Grundbuchs und Hypothekenbriefes ausgeschlossen.

α) Die dem Rechtserwerb entgegenstehende Thatsache darf nicht aus dem Grundbuch ersichtlich sein; denn gemäß dem öffentlichen

---

sächlich kann aber die Vorlage der hier inzwischen liegenden Abtretungserklärungen unterbleiben, indem das Grundbuchamt, so lange es amtlich keine Kenntniß der Rückabtretung hat, die Vorlage nicht fordern wird.

[61]) In letzterem Falle vergl. § 816 Abs. 2. — Also Universalsuccessoren unterliegen Einreden aus der Person ihres Rechtsvorgängers schlechthin, denn nur der Erwerb durch Rechtsgeschäft — mithin nicht einmal jede Singularsuccession — wird geschützt.

Glauben des Buches wird angenommen, daß das Grundbuch von den Betheiligten eingesehen werden muß, und zwar derart, daß der Inhalt des Buches denselben als bekannt geworden fingirt wird. (M. 212.) Dem Grundbuche gegenüber giebt es also keine Berufung auf seinen guten Glauben. Gutgläubig ist vielmehr derjenige, welcher im Vertrauen auf den Inhalt des Grundbuchs ein Recht erwirbt, ohne zu wissen, daß der Inhalt des Grundbuchs unrichtig ist und ohne eine aus dem Buche nicht ersichtliche Verfügungsbeschränkung zu kennen.[62])

β) Weiter muß das Gesetz zum Schutz von Treu und Glauben im Verkehr davon ausgehen, daß niemand eine Briefhypothek erwirbt, ohne vorher Kenntniß vom Inhalt des Briefes genommen zu haben. Alle Thatsachen mithin, welche aus dem Hypothekenbriefe und zwar gleichviel, ob aus dem ursprünglichen Inhalt desselben oder aus einem späteren Vermerk, z. B. Quittungen auf dem Briefe, hervorgehen, müssen als dem Erwerber der Hypothek zur Zeit der Erwerbung bekannt geworden angesehen werden (M. 756). Demgemäß schreibt § 1140 vor: „Soweit die Unrichtigkeit des Grundbuchs aus dem Hypothekenbriefe oder einem Vermerk auf dem Briefe hervorgeht, ist die Berufung auf die Vorschriften der §§ 892, 893 ausgeschlossen."[63])[64])

[62]) Vergl. hierüber D. 125: „Eine Kenntniß der Unrichtigkeit des Grundbuchinhalts kann unter Umständen vorliegen, auch ohne daß der Erwerber die Thatsachen kennt, aus welchen die Unrichtigkeit des Buchinhalts sich ergiebt. Umgekehrt entzieht die bloße Kenntniß einer solchen Thatsache dem Erwerber den Schutz nicht, wenn er in Folge Rechtsirrthums aus der Thatsache nicht die Unrichtigkeit des Grundbuches entnommen hat. Denn es kann dem Erwerber nicht zugemuthet werden, seinerseits nachzuprüfen, ob die in einer Eintragung oder Löschung enthaltenen amtlichen Feststellungen, daß die thatsächlichen Voraussetzungen für den Erwerb oder die Aufhebung des Rechtes erfüllt seien, etwa auf rechtsirrthümlichen Schlußfolgerungen der Buchbehörde beruhen. Ebenso wenig ist der Erwerber zu Nachforschungen über die Richtigkeit des Grundbuchinhalts verpflichtet, deshalb schließt nur die wirkliche Kenntniß der Unrichtigkeit, nicht die auch verschuldete Unkenntniß den Schutz aus." — Nach dem Gesagten üben Eintragungen im Grundbuch diese Wirkung auch dann aus, wenn sie auf dem Brief hätten vermerkt werden sollen, der Vermerk aber z. B. aus Versehen unterblieben ist.

[63]) Hier ist also weiter als in § 892 gegangen, da nicht direkte Kenntniß der Unrichtigkeit erforderlich ist, sondern die bloße Kenntniß der Thatsachen genügt, aus welchen die Unrichtigkeit hervorgeht.

[64]) Endlich muß der Inhalt der mit dem Hypothekenbriefe verbundenen Schuldurkunde als dem Erwerber der Hypothek beim Erwerb bekannt geworden,

b) Umfang des Schutzes. Bezüglich des Umfanges des gewährten Schutzes ist es von Wichtigkeit, ob die den Rechtserwerb in Frage stellende Thatsache das eingetragene Recht selbst nach seinem Bestande oder das Verfügungsrecht des jeweiligen Briefinhabers über die eingetragene Post betrifft.

α) In erster Beziehung bestimmt das B.G.B. in § 892: „Zu Gunsten desjenigen, welcher ein Recht an einem Grundstücke durch Rechtsgeschäft erwirbt, gilt der Inhalt des Grundbuchs als richtig". Weiterhin schreibt § 1138 vor: „Die Bestimmungen der §§ 891—899 gelten für die Hypothek auch in Ansehung der Forderung und der dem Eigenthümer nach § 1137 zustehenden Einreden". Durch diese beiden Vorschriften ist der gutgläubige Erwerber der Hypothek in allem, was den Bestand der Forderung und der Hypothek betrifft, gesichert, und es können ihm keinerlei Einreden aus dem Rechtsverhältniß zwischen dem Eigenthümer des belasteten Grundstückes und seinen Vormännern (wie Zahlung, Kompensation, Stundung) entgegengesetzt werden. (Kleinere Ausnahmen s. §§ 1156—1159.)

β) Sobald aber das Verfügungsrecht des jeweiligen Inhabers der Hypothek in Frage kommt, macht das B.G.B. hinsichtlich des Umfanges des Schutzes wiederum einen Unterschied, je nachdem sich der Gläubiger gemäß § 1155 als solcher auszuweisen vermag oder nicht.

1. Bezüglich des letzteren Falles gilt als Norm, daß ein Cessionar gegen Mängel im Verfügungsrechte seines (oder seiner) Rechtsvorgänger nur dann geschützt ist, wenn dieser an sich berechtigt gewesen wäre, über die Briefhypothek zu verfügen, wenn ihm nicht die Verfügungsbeschränkung entgegen gestanden hätte. Hienach ist der Erwerber durch § 892 nicht dagegen gesichert, daß einer seiner Vormänner überhaupt nicht der wirklich Berechtigte war, und er unterliegt deshalb dem Vindikationsrecht des wahren Berechtigten, wenn dieser den Hypothekenbrief zurückverlangt. Die Verfügungsbeschränkung, welche dem Berechtigten entgegenstand, muß zu Gunsten einer bestimmten Person bezw. eines bestimmten Personenkreises vorhanden gewesen sein. Bestand sie aber

---

angesehen werden, vergl. Entsch. XXIII S. 275; dasselbe hat vom Inhalte der Legitimationsurkunden zu gelten, da derjenige, welcher die Hypothek nicht vom eingetragenen Gläubiger erwirbt, verpflichtet ist, die Legitimation seines Rechtsurhebers zu prüfen (vergl. Achilles E.E.G. § 38).

schlechtweg allen Personen gegenüber, wie z. B. ein landesgesetzliches Verbot der Güterzertrümmerung, dann findet § 892 keine Anwendung. § 892 drückt dies folgendermaßen aus: „Ist der Berechtigte in der Verfügung über ein im Grundbuch eingetragenes Recht zu Gunsten einer bestimmten Person beschränkt, so ist die Beschränkung dem Erwerber gegenüber nur wirksam, wenn sie aus dem Grundbuch ersichtlich oder dem Erwerber bekannt war.“[65])[66])[67])

2. Umfassender ist dagegen der Schutz desjenigen Besitzers des Hypothekenbriefs geregelt, der sich gemäß § 1155 als Gläubiger ausweisen kann. Auf ihn finden die Vorschriften der §§ 891—899 in

---

[65]) Zu den hierher gehörigen Verfügungsbeschränkungen zählt z. B. die Rechtshängigkeit (vergl. §§ 238, 238a, 293d R.C.P.O. in der Anlage zum R.Z.V.G.), auch die Verfügungsbeschränkung des § 6 der K.O. in der Anlage zur Denkschrift. Nicht hieher gehört die aus der Geschäftsunfähigkeit oder beschränkten Geschäftsfähigkeit entspringende Verfügungsbeschränkung. Letztere ist möglicherweise ein Mangel, welcher den Bestand der Forderung betrifft, und kann dann unter § 892 Satz 1 fallen. (Vergl. M. 215—221).

[66]) Befindet sich in der Reihe der Vormänner einer, welcher sich gemäß § 1155 zu legitimiren vermag, so berechnet sich die Beschränkung des Schutzes hinsichtlich des Verfügungsrechtes von diesem ab.

[67]) Danach bemißt sich die Wirkung einer unächten Abtretungserklärung; eine solche kann die Uebertragung der Forderung nicht vermitteln. Allerdings bleibt es dem Eigenthümer unverwehrt, einen dergestalt sich ausweisenden Gläubiger zu bezahlen, denn der Schutz des § 1160 wird dem Eigenthümer nicht aufgedrungen. Nachdem aber diese Abtretungserklärung nur in seltenen Fällen den Erfordernissen des G.O. § 29 genügen wird, ist eine Heilung des Mangels durch Umschreibung im Grundbuche ausgeschlossen. Der wirkliche Gläubiger kann deshalb jederzeit den Brief demjenigen, bei welchem er ihn findet, vindiciren oder den Brief im Aufgebotsverfahren für kraftlos erklären lassen. Dann ist der Eigenthümer gezwungen, noch einmal zu zahlen. — Eine Ausnahme wäre gegeben, wenn die falsche Abtretungserklärung den Erfordernissen des § 29 G.O. entspräche, z. B. öffentlich beglaubigt wäre. In diesem Falle könnte, wenn die übrigen Erfordernisse vorliegen, dem Erwerber der Schutz des § 1155 nicht versagt werden; denn die Pflicht des Erwerbers, die Berechtigung des Briefinhabers zu prüfen, muß dahin beschränkt werden, zu untersuchen, ob der Uebergang der Forderung auf denselben durch eine Reihe ununterbrochener, formgerechter die Uebertragung ergebender Urkunden vermittelt wird (M. 753). Zu einer näheren Prüfung ist der Erwerber der Forderung meist auch gar nicht im Stande. Will der ursprüngliche Gläubiger dennoch mit seinem Vindikationsanspruch durchdringen, so muß er die mala fides des Erwerbers beweisen.

gleicher Weise Anwendung, wie wenn er als Gläubiger im Grundbuche eingetragen wäre. Es wird also vermuthet, daß ihm das eingetragene Recht zusteht und der Inhalt des Grundbuchs gilt zu seinen Gunsten als richtig. Einem derartig legitimirten Erwerber gegenüber versagen (bona fides vorausgesetzt) schlechthin alle Einreden aus dem Mangel im Rechte eines Vormannes. Die praktische Bedeutung des § 1155 beruht sonach darin, daß er den gutgläubigen Erwerber auch gegen den ursprünglich Berechtigten schützt und den Briefinhaber in den vollberechtigten Besitz des Rechtes setzt. Eine Ergänzung dieses Schutzes bildet die Vorschrift des § 893, wo es heißt: „Die Vorschriften des § 892 finden entsprechende Anwendung, wenn an denjenigen, für welchen ein Recht im Grundbuche eingetragen ist (bezw. welcher die Rechtsstellung eines eingetragenen Gläubigers genießt § 1155) auf Grund dieses Rechtes eine Leistung (z. B. Zinszahlung) bewirkt oder wenn zwischen ihm und einem andern in Ansehung dieses Rechtes ein nicht unter die Vorschriften des § 892 fallendes Rechtsgeschäft vorgenommen wird, welches eine Verfügung über das Recht enthält, z. B. eine Kündigung. Würde sich also in beiden Fällen hinterher ergeben, daß der Briefinhaber nicht der wirkliche Gläubiger war, so gilt das Geschäft zu Gunsten des anderen Kontrahenten auch gegen den wahren Gläubiger. (M. 754.)

Ist aber einmal der sub α und β bezeichnete Mangel geheilt durch die Unkenntniß des späteren Erwerbers, so kommt bei den weiterfolgenden Uebertragungen die Kenntniß vom Mangel nicht mehr in Betracht: der neue Erwerber erwirbt einredefrei, denn er macht nicht die Rechte des ursprünglichen Gläubigers, sondern die seines Cedenten geltend. (Dernburg II § 32. Vergl. M. 753 2. Satz.)

Mit dem Schutze desjenigen, welcher dem öffentlichen Glauben des Grundbuches gefolgt ist, ist nothwendig ein Rechtsverlust für den nicht eingetragenen Berechtigten verbunden. Unter Umständen kann dieser von dem Nichtberechtigten, der durch seine Verfügung oder durch Annahme der Leistung den Rechtsverlust veranlaßt hat, nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen Schadensersatz verlangen. In jedem Falle aber steht ihm gegen den Nichtberechtigten ein Anspruch auf Herausgabe des durch die Verfügung oder Leistung Erlangten nach Maßgabe der Bestimmungen über Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zu. (Vergl. § 816, D. 125 i. f.)

§ 12.

4. Brief und Buch.

Da das ganze Recht der Briefhypothek theils auf dem Grundbuch theils auf dem Hypothekenbriefe basirt ist, war es für den Gesetzgeber eine Nothwendigkeit, die wechselseitigen Beziehungen zwischen den beiden zu regeln. Diese Regelung erfolgte nach zwei Gesichtspunkten hin: der Gesetzgeber suchte durch eine Anzahl von Vorschriften darauf hinzuwirken, daß beide in möglichster Uebereinstimmung mit einander bleiben, da aber diese nicht immer erhalten werden kann, so gab er auch die nöthigen Bestimmungen für den Fall, daß Brief und Buch sich inhaltlich unterscheiden.

a) Erhaltung der Uebereinstimmung. Für Erhaltung der Uebereinstimmung kommen vor allem die §§ 42 und 62 der G.O. in Betracht. Der erstere schreibt vor: „Bei einer Briefhypothek soll eine Eintragung nur erfolgen, wenn der Brief vorgelegt ist". Es betrifft diese Bestimmung zunächst zwar die Frage, ob derjenige, welcher eine Eintragung beantragt oder gegen den eine Eintragung sich richtet, der berechtigte Inhaber der Hypothek ist.[68]) Indem aber G.O. § 62 bestimmt: „Eintragungen, die bei einer Hypothek erfolgen, sind vom

[68]) Soll eine das Recht des Hypothekengläubigers betreffende Eintragung, sei es nun mit Bewilligung des Gläubigers oder ohne dieselbe im Wege gerechtfertigten Zwanges, vorgenommen werden, so muß das Grundbuchamt zunächst prüfen, ob der Betreffende wirklich der Gläubiger ist (G.O. § 40). Da aber dies bei der Briefhypothek nicht aus dem Grundbuch ersichtlich ist, sondern der Nachweis der zeitigen Gläubigerschaft durch Innehabung des Briefes in Verbindung mit den auf den eingetragenen Gläubiger zurückführenden Uebertragungsurkunden erbracht werden muß, so ergiebt sich daraus die Nothwendigkeit, daß der Brief vorgelegt wird. Die Vorlegung der Uebertragungsurkunden ist zwar ausdrücklich in § 42 G.O. nicht gefordert, ergiebt sich jedoch aus dem Grund und dem Sinne der Vorschrift dieses Paragraphen; und zwar müssen die Uebertragungsurkunden den Bestimmungen des § 1155 entsprechen; denn gemäß G.O. § 40 darf eine Eintragung nur vorgenommen werden, wenn derjenige, dessen Recht dadurch betroffen wird, als der Berechtigte eingetragen ist oder die Rechtsstellung eines Eingetragenen genießt. — Doch ist die Bestimmung, den Brief vorzulegen, bloß Ordnungsvorschrift; erfolgt also die Eintragung ohne Vorlegung des Briefes (bezw. der Uebertragungsurkunden), so leidet ihre Wirksamkeit nicht, wenn die durch die Vorlegung des Briefes darzuthuende Legitimation im Zeitpunkt der Eintragung wirklich bestand; andernfalls liegt ein materieller Mangel vor (Mot. zu G.O. I § 31).

Grundbuchamt auf dem dazu gehörigen Briefe zu vermerken" gewinnt G.O. § 42 auch den Sinn, daß die Vorlegung des Briefes weiterhin deshalb zu erfolgen hat, um die Erhaltung der Uebereinstimmung von Brief und Buch zu ermöglichen. Es dürfte deshalb nicht zu weit gegangen sein, wenn man aus dem Zusammenhalt der §§ 42 und 62 G.O. die allgemeine Regel abstrahirt: „Eine Eintragung bei der Hypothek im Grundbuch soll nur dann erfolgen, wenn gleichzeitig ein entsprechender Vermerk auf den Brief gesetzt wird."[69]) Eine wichtige Ergänzung der Vorschrift des G.O. § 42 bildet § 896 B. G.B., welcher anordnet: „Ist zur Berichtigung des Grundbuches die Vorlegung des Hypothekenbriefes erforderlich, so kann derjenige, zu dessen Gunsten die Berichtigung erfolgen soll, vom Besitzer des Briefes verlangen, daß der Brief dem Grundbuchamte vorgelegt werde".[70])

[69]) Der Brief ist auch dann vorzulegen, wenn das Grundbuchamt unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften eine Eintragung vorgenommen hat, durch welche das Grundbuch unrichtig geworden ist, und hiergegen ein Widerspruch, welcher nicht den in G.O. 42 Abs. 1 Satz 2 bezeichneten Inhalt hat, von Amtswegen eingetragen werden soll oder eine Eintragung ihrem Inhalte nach sich als unzulässig erweist und deshalb von Amtswegen zu löschen ist (G.O. § 54). Nach G.O. § 62 Abs. 2 ist das Grundbuchamt dann in der Lage, die Vorlegung des Briefes herbeizuführen.

[70]) Eine solche Vorschrift war nöthig, um denjenigen, dessen Recht im Grundbuch nicht richtig angegeben ist, gegen die Gefahr zu schützen, daß er sein Recht durch die Veräußerung an einen gutgläubigen Erwerber verliere. Dabei spricht § 896 nicht auch davon, daß die Vorlegung der Uebertragungsurkunden erzwungen werden kann; da aber die Vorlegung des Briefs vorzugsweise deshalb erfolgen muß, um die Legitimation des angeblichen Gläubigers klarzustellen, so ist § 896 auch auf die Uebertragungsurkunden auszudehnen. Nach G.O. § 40 endlich soll eine Eintragung nur vorgenommen werden, wenn die Legitimation des Betreffenden grundbuchmäßig feststeht. Es entsteht daher ein neues Hinderniß, wenn nicht sämmtliche Uebertragungsurkunden die Erfordernisse des § 1155 erfüllen. Hier vermag § 895 verwerthet zu werden. Wenn er bestimmt, daß, falls die Berichtigung des Grundbuchs erst erfolgen könne, nachdem das Recht des nach § 894 Verpflichteten eingetragen sei, dieser auf Verlangen sein Recht eintragen zu lassen habe, so dürfte es nicht ungerechtfertigt erscheinen, analog auch einen Anspruch auf Beglaubigung der Abtretungserklärungen aus § 895 zu geben, da ja der durch öffentlich beglaubigte Abtretungserklärungen Legitimirte einem Eingetragenen rechtlich gleichsteht. (Vergl. G.O. § 14.) — Allerdings ist dieser Gang ein äußerst schleppender, doch dürfte er sich in der Praxis mit Rücksicht auf § 1160 wesentlich vereinfachen, weil meist nur beglaubigte Abtretungserklärungen vorkommen werden; außerdem trifft G.O.

Eine Ausnahme von der allgemeinen Regel, daß eine Eintragung in das Buch nur bei Vorlegung des Briefes, und indirekt von der Regel, daß eine Eintragung nur gegen gleichzeitigen Vermerk auf dem Brief erfolgen solle, ist für den Fall statuirt, daß ein Widerspruch in das Grundbuch einzutragen ist, wenn die Eintragung desselben durch einstweilige Verfügung angeordnet wird und der Widerspruch sich darauf gründet, daß die Hypothek oder die Forderung, für welche sie bestellt ist, nicht bestehe oder einer Einrede unterliege oder daß die Hypothek ihrem Range oder Inhalt nach unrichtig eingetragen sei. G.O. § 42.[71])[72])

Doch sucht auch hier das Gesetz möglichst darauf hinzuwirken, daß der Brief in Uebereinstimmung mit dem Buche gehalten wird, indem G.O. § 62 Abs. 2 dem Grundbuchrichter zur Pflicht macht, den Besitzer des Briefes zur nachträglichen Vorlegung des Briefes behufs Vermerkung des Widerspruchs auf demselben anzuhalten.[73])[74])

---

§ 42 Abs. 1 Satz 2 für die am häufigsten vorkommenden Fälle wichtige Ausnahmen.

[71]) Es muß hier die Rücksicht auf die Verkehrssicherheit gegenüber dem Interesse des Widersprechenden zurücktreten. Denn wollte man hier die Eintragung des Widerspruchs von der Vorlegung des Briefes (und der Uebertragungsurkunden des § 1155) abhängig machen, so würde es dem Widersprechenden vielfach geradezu unmöglich sein, zu einer Eintragung zu gelangen, der Zweck der einstweiligen Verfügung mithin vereitelt werden. Die Bedeutung, die dem Briefe nach den §§ 1154, 1155 B.G.B. als Mittel der Uebertragung des Rechtes im Verkehre zukommt, bleibt ausreichend gewahrt, wenn der Brief in allen Fällen vorzulegen ist, in denen der Widerspruch, der den Gegenstand der einstweiligen Verfügung bildet, dahin geht, daß mittelst des Widerspruchs die Uebertragung des Rechtes auf den Besitzer des Briefes bestritten oder eine dem Besitzer entgegenstehende Verfügungsbeschränkung der im § 892 Abs. 1 bezeichneten Art geltend gemacht wird. Vergl. Mot. zu G.O. § 42. — Im Falle eines Widerspruches der im G.O. § 42 Abs. 1 Satz 2 bezeichneten Art dagegen ist die Frage, ob derjenige, gegen welchen Anordnung des Widerspruchs bei Gericht beantragt wird, wirklich der Gläubiger ist, nur eine Frage der Passivlegitimation und als solche im prozessualen Verfahren zu erledigen; der vom Grundbuchamt gegen den zeitig Berechtigten eingetragene Widerspruch bleibt selbstverständlich ohne Wirkung, wenn vor der Eintragung das Recht auf einen gutgläubigen Erwerber übertragen wird. (Mot. z. G.O. I § 31.)

[72]) Ein Widerspruch dieses Inhalts darf vom Grundbuchamt auch von Amtswegen ohne Vorlegung des Briefes eingetragen werden, wenn dasselbe unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften eine Eintragung vorgenommen hat, durch die das Grundbuch unrichtig geworden ist (G.O. § 54).

[73]) Vorlage des Briefes ist auch nicht nöthig bei Löschung der durch den

Während G.O. § 42 nur die Fälle betrifft, wo die Eintragungen gerade bei der betreffenden Hypothek geschehen, sorgt G.O. § 57 Abs. 3 auch für sonstige Uebereinstimmung. Es besteht nämlich ein Interesse des Gläubigers, daß auch Eintragungen anderer Art als gerade bei der Hypothek selbst, namentlich solche, aus denen sich eine Verbesserung seines Rechtes ergiebt, (wie Löschung einer Vorhypothek, bauliche Veränderungen des verpfändeten Grundstücks, soweit letztere selbst im Grundbuche erscheinen) auf dem Briefe vermerkt werden. Diesem Bedürfniß kommt die Bestimmung entgegen, daß der im Hypothekenbriefe enthaltene Grundbuchsauszug auf Antrag zu ergänzen ist, wenn sich der Inhalt des Grundbuchs ändert. Da diese Ergänzung niemanden schädigen kann, so hat sie auf Antrag des Briefinhabers zu erfolgen, ohne daß dieser sich als Gläubiger zu legitimiren hätte. (G.O. I Mot. zu § 62.)

Was endlich den Fall der Erneuerung des Briefes betrifft, so ist auch hier vorgesehen, die möglichste Uebereinstimmung des Briefes mit dem Buche zu erzielen. G.O. I § 64 Abs. 3 schrieb vor, daß der neue Brief nach Maßgabe der gegenwärtigen Lage des Rechtsverhältnisses gebildet werden solle; ein Streit hierüber sollte im Prozeßwege entschieden werden. Die G.O. selbst ließ diese Bestimmung fallen, ohne eine andere dafür zu treffen. Dabei erachtete sie es als selbstverständlich, daß der neue Brief zwar nicht nach der Lage des Rechtsverhältnisses überhaupt, sondern nach der gegenwärtigen Lage des Grundbuchs zu ertheilen sei. (Mot. zu G.O. § 68.) Insofern ist allerdings der Zustand zur Zeit der Ertheilung des ursprünglichen Exemplars zu Grunde zu legen, als nacheingetragene Posten (abgesehen von im Rang gleichstehenden Hypotheken G.O. § 57 Z. 4) auf dem Hypothekenbriefe natürlich nicht erscheinen. Dagegen sind Vermerke, welche für die gegenwärtige Gültigkeit des Briefes ohne Erheblichkeit sind, inzwischen gelöschte Eintragungen und ältere Abtretungen, soweit nicht G.O. § 57 Ziff. 4 eine Ausnahme schafft, wegzulassen. Andererseits sind die Ver-

---

Zuschlag erloschenen Hypotheken s. § 17. Eine weitere Ausnahme enthielt G.O. I § 31 Abs. 1 Satz 3, die jedoch durch die veränderte Gestalt des G.O. § 42 weggefallen ist.

[74]) Weitere Anordnungen zur Erhaltung der Uebereinstimmung zwischen Brief und Buch giebt G.O. § 26 (Eintragung der Uebertragung oder Belastung der Hypothek, G.O. §§ 63, 65 u. B.G.B. § 1145, soweit nicht ein Theilhypothekenbrief gebildet wird).

merke nachzutragen, die nach Ertheilung des ursprünglichen Briefes eingetragen wurden, sofern sie für die betreffende Briefhypothek von rechtlicher Erheblichkeit sind. Endlich wird bei der Neubildung auch der Inhalt des alten Briefes berücksichtigt, insofern als Privatvermerke, die nach den §§ 1140, 1145, 1157 für das Rechtsverhältniß zwischen Gläubiger und Eigenthümer in Betracht kommen, namentlich also die auf den Brief gesetzten Theilquittungen, auf den neuen Brief übertragen werden. Es liegt hierin allerdings eine Ausnahme davon, daß der Brief mit dem Grundbuche übereinstimmen soll, doch war diese im Interesse des Eigenthümers dringend nothwendig.

b) Behandlung von Verschiedenheiten. Trotz aller Vorschriften wird es natürlich nicht immer möglich sein, Brief und Buch in Uebereinstimmung mit einander zu halten und es war daher nothwendig, auch für diese Fälle Bestimmungen zu treffen.

Bei einer Verschiedenheit zwischen dem Inhalte des Grundbuches und dem des Hypothekenbriefes entscheidet grundsätzlich der Inhalt des Buches. Ist daher im Briefe dem Gläubiger noch ein Recht zugesprochen, welches im Grundbuche nicht enthalten ist, so kann sich der Gläubiger nicht auf §§ 892, 1138 berufen.[75])

Doch ist dem Inhalte des Briefes gerade im wichtigsten Punkt des ganzen Grundbuchrechtes, nämlich dem öffentlichen Glauben des Grundbuches, ein weitgehender Einfluß eingeräumt.

α) Der Hypothekenbrief im Zusammenhange mit den Uebertragungsurkunden vermag einmal den öffentlichen Glauben des Grundbuches zu erweitern. An und für sich nämlich ist dem Hypothekenbriefe zwar nicht der öffentliche Glaube des Grundbuches gegeben, aber indem der gehörig legitimirte Erwerber der Hypothek gegen alle Einreden aus der Person seines Vorgängers geschützt wird, endlich der nach § 1155 sich ausweisende Gläubiger gerade so betrachtet wird, als wenn er im Grundbuche selbst eingetragen wäre, wird der öffentliche Glaube des

---

[75]) Daß der Inhalt des Buches dem des Briefes vorgeht, ist zwar nirgends ausdrücklich vorgeschrieben, ergiebt sich aber aus der Natur der Sache, da ja bei Bildung des Hypothekenbriefes davon ausgegangen wird, daß dieser ein möglichst genaues Bild von der Hypothek, wie sie im Grundbuch eingetragen ist, geben soll. Es ist daher auch dem Hypothekenbriefe die Kraft versagt, daß er durch seinen Inhalt eine Eintragung in das Grundbuch ersetzen und dadurch den Mangel der Eintragung heilen könnte (M. 756).

Grundbuches gewissermaßen ohne Weiteres auf den Hypothekenbrief und die Abtretungserklärungen übertragen. (M. 754.)

β) Umgekehrt vermag der Hypothekenbrief im einzelnen Falle den öffentlichen Glauben des Grundbuches zu beschränken und die Berufung auf denselben auszuschließen. Wenn nämlich dem dritten Erwerber gegenüber der Inhalt des Grundbuchs als bekannt geworden anzusehen ist, so muß man dies beim Hypothekenbrief und den Uebertragungsurkunden noch viel mehr annehmen (vergl. das zu Anm. 64 Gesagte). Dadurch wird die Anwendung von § 892 ausgeschlossen.

In gleicher Weise ist davon auszugehen, daß niemand, ohne den Hypothekenbrief (bezw. die Uebertragungsurkunden) einzusehen, an den Briefinhaber eine Leistung bewirkt oder mit ihm ein nicht unter die Vorschriften des § 892 fallendes Rechtsgeschäft vornimmt, das zugleich eine Verfügung über das Recht enthält; mithin ist § 893 unanwendbar.

Diese Folgerungen sind durch die Bestimmungen des § 1140 ausdrücklich gezogen. Schließlich stellt das B. G.B. in einem gewissen Falle den Briefinhalt dem Buchinhalte vollständig gleich durch die Vorschrift: „Ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs, der aus dem Hypothekenbriefe oder einem Vermerke auf demselben hervorgeht, steht einem in das Grundbuch eingetragenen Widerspruche gleich".[76])

Der öffentliche Glaube des Grundbuches, wie er sich aus § 892 ergiebt, ist also durch den Inhalt des Hypothekenbriefes gemäß § 1140 dahin modifizirt, daß der Erwerber einer Briefhypothek auch solche Einreden gegen sich gelten lassen muß, die aus dem Hypothekenbriefe oder einem Vermerk auf demselben hervorgehen oder durch einen aus dem Briefe oder einem solchen Vermerk auf dem Briefe hervorgehenden Widerspruch gewahrt sind. Entsprechend gilt dann für § 893, daß

[76]) Wie ist die Vertheilung der Beweislast, wenn Brief und Buch inhaltlich nicht übereinstimmen? Derjenige, für welchen im Grundbuche ein Recht eingetragen ist, kann sich auf die Vermuthung des § 891 berufen und demgemäß den Gegenbeweis abwarten. Diese Präsumption des § 891 steht nicht dem zur Seite, welcher sich auf einen im Grundbuche eingetragenen Widerspruch beruft; denn ein solcher Widerspruch hat nur die Natur einer vorläufigen Eintragung, sichert also bloß gegen Anwendung des § 892, enthebt aber nicht des Beweises für die Richtigkeit des Widerspruches. Ist der Widerspruch auf dem Briefe vermerkt, so obliegt demjenigen, der sich darauf beruft, der Beweis, weil ein solcher Widerspruch einem eingetragenen gleichsteht.

derjenige, welcher an den Briefinhaber eine Leistung gemacht oder mit ihm ein Rechtsgeschäft der in § 893 bezeichneten Art vorgenommen hat, aus § 893 keine Rechte ableiten kann, soweit der Inhalt des Briefes damals eine Beschränkung des Rechtes des Briefinhabers enthielt.

Zu beachten ist jedoch, daß dem Inhalte des Hypothekenbriefes dieser Einfluß gegenüber dem Buchinhalte nur dann zukommt, wenn es sich um eine Unrichtigkeit des Buches handelt und auch dann nur für Anwendung der §§ 892, 893. Andere Mängel des Grundbuchs, z. B. ein Formverstoß, eine unvollständige Eintragung, soweit darin nicht eine Unrichtigkeit liegt, gehören nicht hierher, ebenso muß es sich um eine Unrichtigkeit des Grundbuches selbst handeln.[77])

§ 13.

5. Brief bei Verpfändung der Hypothek.

In analoger Anwendung von § 1153 kann die Hypothek nicht ohne die Forderung und die Forderung nicht ohne die Hypothek verpfändet werden; demnach charakterisirt sich die Verpfändung der Hypothek als Bestellung eines Pfandrechtes an der Forderung, nicht als nochmalige Verpfändung des Grundstückes (Afterpfand).

Gemäß § 1274 erfolgt die Pfandbestellung an einem Rechte nach den für die Uebertragung dieses Rechtes geltenden Vorschriften. Dementsprechend bestimmt sich auch die Funktion des Hypothekenbriefes bei Bestellung eines Pfandrechtes an der Hypothek. Soll also an einer Briefhypothek eine Verpfändung geschehen, so ist hierzu in analoger Anwendung des § 1154 ein Pfandbestellungsvertrag, welcher sich nach außen in einer einseitigen schriftlichen Verpfändungserklärung offenbart,

[77]) Kann ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs, statt in dieses eingetragen zu werden, einfach auf dem Hypothekenbriefe vermerkt werden? Die M. 756 sagen hierüber: „Die Thatsachen, welche zur Rechtfertigung eines Widerspruchs gegen die Richtigkeit des Grundbuchs dienen, können zweifellos auf dem Briefe beurkundet werden. Es empfiehlt sich jedoch nicht, den Widerspruch selbst als möglichen Inhalt eines derartigen Vermerks zu bezeichnen, weil hierdurch dem Mißverständnisse Raum gegeben würde, als ob es zulässig wäre, den Widerspruch anstatt in das Grundbuch in den Hypothenbrief einzutragen." Dazu ist zu sagen „Der Widerspruch als Institut des Grundbuchrechtes kann allerdings formell gültig nur im Grundbuch eingetragen werden, materiell aber wird derselbe Zweck erreicht, wenn die den Widerspruch begründende Thatsache auf dem Briefe vermerkt wird."

sowie die Uebergabe des Hypothekenbriefes erforderlich. Gemäß § 1154 Abs. 2 kann der Pfandgläubiger vom Verpfänder Beglaubigung der Verpfändungserklärung auf dessen Kosten verlangen. Die schriftliche Verpfändungserklärung kann auch durch die Eintragung der Verpfändung im Grundbuche ersetzt werden.[78])[79])

---

[78]) § 1274 Abs. 1 Satz 2 schreibt vor: „Ist zur Uebertragung eines Rechtes die Uebergabe einer Sache erforderlich, so finden die Vorschriften der §§ 1205, 1206 Anwendung." Zweifel können hierüber entstehen, wie diese Bezugnahme gemeint ist, indem § 1205 einmal Bestimmungen über Bestellung eines Pfandrechtes an einer beweglichen Sache giebt, wonach neben der Uebergabe die formlose Einigung der Kontrahenten genügt, dann aber auch Vorschriften bezüglich der Uebergabe enthält. Man kann nun zweifeln, ob nicht an Stelle der schriftlichen Verpfändungserklärung die formlose Einigung treten solle. Doch dürfte hier zu sagen sein, die Bezugnahme des § 1274 auf § 1205 erstreckt sich lediglich auf die Bestimmungen betreffs der Uebergabe. Es erhellt dies schon aus der systematischen Stellung des § 1274 Satz 2, außerdem daraus, daß § 1210 des I. Entwurfs, an dessen Stelle § 1274 Satz 2 getreten ist, ausdrücklich die Vorschrift des nunmehrigen § 1274 Abs. 1 Satz 2 auf die Bestimmungen bezüglich der Uebergabe anwendet. Daß nur die Bestimmungen wegen der Uebergabe gemeint sind, darauf deutet ferner die weitere Bezugnahme auf § 1206 hin. Diese Ansicht wird dadurch bekräftigt, daß § 26 Abs. 2 G.O. davon spricht, daß zur Eintragung der Belastung einer Hypothek an Stelle der Eintragsbewilligung die einseitige Verpfändungserklärung des bisherigen Hypothekgläubigers genüge. Würde man endlich eine Pfandbestellung durch bloße Uebergabe des Briefes zulassen, so würde, da der Eigenthümer des belasteten Grundstücks nur gegen Aushändigung des Briefes und der die Berechtigung des Zahlungfordernden grundbuchmäßig darlegenden Erklärungen zu leisten braucht (§ 1144), die Qualität dieses Pfandrechtes gegenüber den Rechten, wie sie sonst dem Pfandgläubiger eingeräumt sind, wesentlich verschlechtert; es wäre nicht viel mehr als ein bloßes Zurückbehaltungsrecht.

[79]) Durch bloße Aushändigung des Hypothekenbriefes kann nur lediglich ein Zurückbehaltungsrecht, nicht ein wirkliches Pfandrecht begründet werden; denn die Formen der Verpfändung sind nicht erfüllt. Nachdem aber der Verkehr den Hypothekenbrief als Werthpapier zu behandeln pflegt und weiter pflegen wird, wird es häufig vorkommen, daß der Brief dem Gläubiger mittels Aushändigung, ohne schriftliche Erklärung, verpfändet worden ist. Soweit in einem solchen Falle aus dem Vertrage nicht eine Klage auf Ausstellung der Verpfändungserklärung entspringt, ist zu sagen: Ist der Brief, von dem die Betheiligten wissen, daß er an sich keinen Verkaufswerth hat, sondern nur durch die Verbindung mit dem Hypothekenrecht Werth gewinnt, zum Zweck beabsichtigter Sicherstellung übergeben worden, so konnte die Absicht dabei nur die sein, daß der Gläubiger an ihm bis zu seiner Befriedigung ein Zurückbehaltungsrecht auszuüben berechtigt

Bezüglich des Erfordernisses der Uebergabe des Briefes gilt im Allgemeinen das unter der Abtretung der Hypothek in § 9c Gesagte, im Besonderen ist hierbei zu beachten, daß ein bloßes constitutum possessorium nicht genügt. Die Uebergabe des im mittelbaren Besitz des Hypothekgläubigers befindlichen Briefes kann dadurch ersetzt werden, daß der Eigenthümer des Briefes (Hypothekgläubiger) den mittelbaren Besitz auf den Pfandgläubiger überträgt und die Verpfändung dem Besitzer anzeigt. An der Stelle der Uebergabe des Briefes genügt Einräumung des Mitbesitzes, wenn der Brief sich unter dem Mitverschluß des Pfandgläubigers befindet, oder falls der Brief im Besitze eines Dritten ist, die Herausgabe nur an Pfandgläubiger und Briefeigenthümer gemeinschaftlich erfolgen soll (§§ 1205, 1206, 1274).[80])[81])

Der Pfandgläubiger kann seine Befriedigung aus dem Pfande nur auf Grund eines vollstreckbaren Titels nach den für die Zwangsvollstreckung geltenden Vorschriften suchen, sofern nicht ein anderes bestimmt ist (§ 1277). Eine wichtige Ausnahme hiervon bildet § 1282. Ist nämlich die Forderung des Pfandgläubigers ganz oder zum Theil fällig, so ist der Pfandgläubiger zur Einziehung der Forderung berechtigt und kann der Eigenthümer des belasteten Grundstückes sowie der persönliche Schuldner (vergl. § 15) nur an ihn leisten.[82]) Bei

sein soll. (Vergl. Dernburg II § 28 i. f., Achilles, E.E.G. § 54, Entsch. XVI S. 169.)

[80]) Außer dem Briefe sollen auch die Uebertragungsurkunden dem Pfandgläubiger übergeben werden, doch ist dies zur Gültigkeit des Verpfändungsaktes nicht erforderlich. Vergl. hierüber § 9c Anm. 39. In analoger Anwendung von § 1117 wird endlich als Regel zu gelten haben, daß das Pfandrecht erst mit der Uebergabe des Briefes dem Pfandgläubiger zusteht.

[81]) Eine Benachrichtigung des Drittschuldners von der Verpfändung ist zur Gültigkeit der letzteren nicht erforderlich, arg. § 1280, doch ist sie mit Rücksicht auf die Zinszahlung rathsam. — Soll nur ein Theil der Hypothek verpfändet werden, so muß, wenn sich der Verpfändende freie Verfügung über den Rest verschaffen will, ein Theilhypothekenbrief gebildet werden; sonst genügt die Aushändigung des ursprünglichen Hypothekenbriefs und schriftliche Theilverpfändung.

[82]) Wie verhält sich § 1277 zu § 1282? Bezüglich beweglicher Sachen sagt hier die D. 157: „Ein vollstreckbarer Titel, durch den das Verkaufsrecht des Pfandgläubigers gegenüber dem Eigenthümer des Pfandes festgestellt wird, hat nach § 1233 Abs. 2 nur noch die Bedeutung, daß der Pfandgläubiger befugt ist, den Pfandverkauf nach den für den Verkauf einer gepfändeten Sache geltenden Vorschriften bewirken zu lassen. Dagegen hängt die Berechtigung des Pfand-

Geltendmachung des Rechtes aus der Hypothek ergiebt sich aber eine Beschränkung des Rechtes des Pfandgläubigers dadurch, daß der Eigenthümer nur dann zu leisten braucht, wenn ihm der Pfandgläubiger die in § 1144 bezeichneten Urkunden aushändigen kann. Auf Grund des Verpfändungsvertrages vermag sich der Pfandgläubiger die noch fehlenden Nachweise verschaffen.

Gegen weitere Einreden aus der Person des Verpfänders ist der Pfandgläubiger nach Maßgabe des § 892 geschützt; letzterer hat also dieselbe rechtlich gesicherte Stellung wie ein Cessionar und kann deshalb Forderung und Hypothek dem Eigenthümer bezw. persönlichen Schuldner gegenüber geltend machen, auch wenn dieser gegen den Verpfänder eine Einrede hätte, welche letzterem die Geltendmachung der Forderung unmöglich machen würde. Denn das Prinzip der Oeffentlichkeit des Grundbuchs würde wesentlich durchbrochen sein, wenn derjenige, welcher im Vertrauen auf die Richtigkeit einer im Grundbuche eingetragenen Hypothekenforderung derselben Kredit geben würde, in seinem Pfandrechte nicht geschützt wäre. (Vergl. §§ 1157, 1275.)

Das Pfandrecht an der Briefhypothek erlischt endlich (soweit es nicht schon durch Realisirung des Pfandrechtes untergeht) durch Rückgabe des Briefes an seinen Eigenthümer. Dabei werden die Vorschriften des § 1253 entsprechend angewendet. (§ 1278.)

Ist der Hypothekenbrief im Besitze des Verpfänders, so wird vermuthet, daß der Brief ihm vom Pfandgläubiger zurückgegeben worden sei. Diese Vermuthung gilt auch dann, wenn der Brief sich im Besitze eines Dritten befindet, der den Besitz nach Entstehung des Pfandrechts vom Verpfänder erlangt hat. Es ist sonach das Erlöschen des Pfandrechtes nicht wie die Begründung desselben etwa noch daran gebunden, daß der Pfandgläubiger schriftlich die Pfandentlassung ausspreche, ebensowenig ist Rückgabe oder Vernichtung der Verpfändungserklärung erforderlich, sondern es genügt die formlose Pfandentlassungserklärung, welche in der Rückgabe des Briefes zum Ausdruck kommt.

---

gläubigers zum Verkaufe des Pfandes weder von der Erlangung eines solchen Titels noch von einer gerichtlichen Ermächtigung, sondern allein davon ab, daß die Pfandforderung ganz oder zum Theil fällig geworden ist". Was hier vom Verkauf des Pfandes gesagt ist, gilt entsprechend von der Verwerthung der verpfändeten Forderung, nur daß lediglich Einziehung (§ 1282 Abs. 2) in Frage kommt.

§ 14.

6. Brief bei Uebertragung der Hypothek im Wege der Zwangsvollstreckung.

Eine Uebertragung der Hypothekenforderung bezw. der Briefhypothek kann auch wider den Willen des Gläubigers durch einen gegen diesen vollstreckbaren Spruch des Gerichtes, sei dies nun ein Urtheil oder ein Ueberweisungsbeschluß, herbeigeführt werden. In beiden Fällen ist die Uebertragung analog der freiwilligen Abtretung geregelt, indem zur Abtretungserklärung, an deren Stelle hier das Urtheil bezw. der Ueberweisungsbeschluß tritt, noch die Uebergabe des Briefes hinzukommen muß und der neue Gläubiger die Hypothek erst mit der Uebergabe des Briefes erwirbt.

a) Uebertragung durch Urtheil: Wird der Gläubiger (im Falle des § 1163 Abs. 2, der analog zu behandeln ist, der Eigenthümer) zur Uebertragung der Hypothek verurtheilt, so liegt hierin ein Zweifaches, nämlich eine Verurtheilung zur Abgabe einer Willenserklärung und eine Verurtheilung zur Herausgabe des Hypothekenbriefes. (§§ 769, 779 R.C.P.O.)

Mit dem Eintritt der Rechtskraft des Urtheils (bezw. wenn die Abtretungserklärung noch von einer Gegenleistung abhängig ist, mit der Ertheilung der Vollstreckungsklausel) tritt gemäß § 779 R.C.P.O. dieselbe Wirkung ein, wie wenn der Gläubiger die Abtretungserklärung ertheilt hätte; damit ist aber der Erwerb der Hypothek durch den die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubiger noch nicht vollendet, sondern der Erwerb tritt erst in dem Momente ein, wo der Brief übergeben wird (§§ 1117, 1154). Giebt nun der Verurtheilte den Brief nicht freiwillig heraus, so wird er ihm nach den Vorschriften über Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe beweglicher Sachen vom Gerichtsvollzieher weggenommen (§ 769 R.C.P.O.). Da der Gerichtsvollzieher gewissermaßen als Vertreter des Obsiegenden handelt, so gilt die Uebergabe des Briefes als erfolgt, d. h. der Erwerb der Hypothek als vollendet, wenn der Gerichtsvollzieher den Brief zum Zweck der Ablieferung an den neuen Gläubiger wegnimmt (R.C.P.O. § 779 a).[83])

[83]) Gelingt es aber dem Beklagten, die Hypothek noch vor Wegnahme des Hypothekenbriefes an einen gutgläubigen Dritten zu cediren, so hat der Kläger das Nachsehen. Denn das rechtskräftige Urtheil wirkt nur insoweit gegen den Rechtsnachfolger, als nicht Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von

Durch § 779b R.C.P.O. wird dann der neue Erwerber in dieselbe Rechtslage versetzt, wie ein sonstiger gutgläubiger Cessionar, indem dieser § bestimmt: „Auf einen Erwerb, der sich nach den §§ 779, 779a vollzieht, finden die Vorschriften des B. G.B. zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, Anwendung".

b) Pfändung und Ueberweisung der Hypothekenforderung.

Der Spruch des Gerichtes kann auch in der Ueberweisung der Hypothekenforderung an den Exekutionssucher bestehen. Unerläßliche Voraussetzung der Ueberweisung ist die Pfändung, wenn auch die beiden Akte zeitlich nicht getrennt zu geschehen brauchen.

α) Pfändung. Bei der Pfändung einer Hypothekenforderung bestand im preußischen Rechte Streit, ob dieselbe nach §§ 732 oder 730 R.C.P.O. erfolgen solle, also ob zur Pfändung bloß Wegnahme des Hypothekenbriefes oder lediglich die Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner erforderlich sein solle. Schließlich siegte die letztere Meinung. Das neue Recht dagegen schlug einen Mittelweg ein. Nach § 731 R.C.P.O. genügt zur Pfändung der Hypothekforderung nicht die bloße Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner, auch nicht die bloße Wegnahme des Hypothekenbriefes, sondern zur Pfändung einer Forderung, für welche eine Briefhypothek besteht, ist außer dem Pfändungsbeschlusse die Uebergabe des Hypothekenbriefes an den Gläubiger erforderlich.

Die Pfändung gilt als bewirkt, wenn der Hypothekenbrief dem Gläubiger auf Grund des Pfändungsbeschlusses übergeben wird. (arg. § 731 Abs. 2 R.C.P.O.) Wird der Brief nicht freiwillig herausgegeben, so nimmt der Gerichtsvollzieher ihn in Ausführung des Pfändungsbeschlusses hinweg.[84]) Muß die Uebergabe dergestalt im Wege der Zwangsvollstreckung erwirkt werden, so gilt die Uebergabe als erfolgt,

einem Nichtberechtigten herleiten, Anwendung finden. (§ 293d R.C.P.O.) Ist der neue Erwerber im Grundbuche eingetragen oder gemäß § 1155 legitimirt, so kann gegen ihn das Urtheil nicht vollstreckt werden, ebensowenig wenn er nur durch einfache schriftliche Abtretungserklärung sich ausweist und sein Cedent an und für sich ohne die durch den Eintritt der Rechtshängigkeit herbeigeführte Verfügungsbeschränkung über die Hypothek zu verfügen berechtigt gewesen wäre. (Vergl. § 11b.)

[84]) Der Pfändungsbeschluß wird dementsprechend auch das Gebot, den Brief herauszugeben, an den Hypothekengläubiger zu enthalten haben. (Vergl. übrigens § 737 Abs. 2 R.C.P.O.)

wenn der Gerichtsvollzieher den Brief zum Zwecke der Ablieferung an den Gläubiger wegnimmt.

Auch dem Drittschuldner gegenüber gilt die Pfändung mit der Uebergabe des Briefes als bewirkt. Wird ihm jedoch der Pfändungsbeschluß vor der Uebergabe des Hypothekenbriefes zugestellt, so gilt die Pfändung ihm gegenüber mit der Zustellung als bewirkt. Kommt aber der Pfändende überhaupt nicht dazu, den Brief übergeben zu erhalten, so ist die Hypothek auch dem Drittschuldner gegenüber nicht mehr gepfändet, sobald feststeht, daß der die Pfändung betreibende Gläubiger den Brief nicht mehr zu bekommen vermag (z. B. weil ein gutgläubiger Cessionar die Hypothek inzwischen erworben hat.)[85][86][87])

β) Ueberweisung. Auf die Pfändung der Forderung folgt sodann deren Ueberweisung, welche wiederum Ueberweisung zur Einziehung und Ueberweisung an Zahlungsstatt sein kann. Die Ueberweisung ersetzt die förmlichen Erklärungen des Hypothekengläubigers, von welchen nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes die Berechtigung zum Einziehen der Forderung abhängig ist, sie steht also gleich der öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung der §§ 1154, 1155. (Vergl. § 1155 Satz 2.) Der Schuldner, hier der gepfändete Hypothekgläubiger, ist verpflichtet, seinem Gläubiger die zur Geltendmachung der Forderung (und Hypothek) nöthige Auskunft zu geben und die über das gepfändete Recht vorhandenen Urkunden herauszugeben (hierzu gehören insbesondere die Uebertragungsurkunden, soweit diese nicht schon bei der Pfändung vom Gerichtsvollzieher weggenommen wurden). Die Herausgabe kann im Wege der Zwangsvollstreckung erwirkt werden. (R.C.P.O. § 737.)[88])

[85]) Regelmäßig wird der Gerichtsvollzieher auch die Uebertragungsurkunden wegnehmen, da diese eine nothwendige Ergänzung des Briefes bilden, doch ist das zur Gültigkeit der Pfändung nicht erforderlich.

[86]) Ist der Hypothekenbrief abhanden gekommen oder vernichtet, so bleibt immer noch das Recht des Hypothekengläubigers auf Kraftloserklärung des alten und Ausstellung eines neuen Briefes pfändbar und erfolgt in diesem Falle die Pfändung nach der Vorschrift des § 754 R.C.P.O.

[87]) Die Pfändung von rückständigen Zinsen und den sonstigen Ansprüchen des § 1159 erfolgt nach den allgemeinen Vorschriften über Pfändung von Forderungen. (§ 731 Abs. 3 R.C.P.O.)

[88]) Wird dem Schuldner im Ueberweisungsbeschluß geboten, diese Urkunden herauszugeben, so ist dieser Ueberweisungsbeschluß Titel zur Zwangsvollstreckung nach § 769 R.C.P.O. Andernfalls muß ein besonderer Beschluß erlassen werden. Befinden sich die Urkunden im Gewahrsam eines Dritten, so kann der Gläubiger

Zur Ueberweisung der gepfändeten Briefhypothekenforderung genügt die Aushändigung des Ueberweisungsbeschlusses an den Gläubiger ohne Unterschied zwischen Ueberweisung an Zahlungsstatt und zur Einziehung, während bei einer gewöhnlichen Forderung der Ueberweisungsbeschluß dem Drittschuldner vom Gläubiger zuzustellen ist und erst mit dieser Zustellung die Ueberweisung als vollendet gilt (§§ 736 Abs. 3, 737a R.C.P.O.[89]) Der Erwerb einer Hypothekenforderung auf dem Wege der Zwangsvollstreckung wird nicht nach den Grundsätzen des § 892 geschützt. (Vergl. dagegen für das bisherige Recht: Seuffert, Kommentar zu § 731 R.C.P.O.) Es wird dabei kein Unterschied zwischen Ueberweisung an Zahlungsstatt und zur Einziehung gemacht. Denn der § 892 spricht nicht von einem Erwerb durch Zwangsvollstreckung, sondern nur von einem Erwerb durch Rechtsgeschäft (also z. B. einer freiwilligen Verpfändung). Auch die §§ 1257, 1273, wonach die Vorschriften über das durch Rechtsgeschäft bestellte Pfandrecht auf ein kraft Gesetzes entstandenes Pfandrecht entsprechende Anwendung finden, dürfen nicht herangezogen werden. Denn § 1257 spricht nur von einem kraft Gesetzes entstandenen Pfandrechte; hiezu gehört aber das Pfändungspfandrecht nicht; es entsteht durch Richterspruch. Auch § 709 R.C.P.O. kommt nicht in Betracht: aus diesem Paragraphen folgt nicht, daß das Pfändungspfandrecht schlechtweg dem auf Rechtsgeschäft beruhenden Pfandrecht gleichsteht; § 709 R.C.P.O. stellt das Pfändungspfandrecht nur im Verhältniß zu anderen Gläubigern dem durch Vertrag erworbenen Pfandrechte gleich.[90]) Einer Eintragung der

gegen den Dritten auf Herausgabe der Urkunden klagen, ohne daß der Anspruch auf Herausgabe überwiesen ist. Vergl. Seuffert, Kommentar zur R.C.P.O. § 737.

[89]) § 1113 des I. Entw. forderte noch Zustellung des Ueberweisungsbeschlusses an den Drittschuldner; diese Zustellung ist aber überflüssig, nachdem der Drittschuldner ohnehin nur gegen Aushändigung des Hypothekenbriefes und entsprechender Uebertragungsurkunden, wozu auch die Ueberweisungsbeschlüsse gehören, zu zahlen braucht. Sonst müßte man bei weiteren Uebertragungen des Hypothekenrechts nicht bloße Uebergabe des Ueberweisungsbeschlusses, sondern auch Tradition des Zustellungsnachweises verlangen; damit würde der Brief nur zwecklos beschwert werden.

[90]) Umgekehrt war das Rechtsverhältniß im ersten Entwurf, indem der Vorläufer des § 892, der § 837 des I. Entwurfs ausdrücklich den Erwerb im Wege der Zwangsvollstreckung dem durch Rechtsgeschäft gleichstellte; dieser Passus wurde zwar gestrichen, aber dafür der jetzige § 1257 eingesetzt;

Ueberweisung in das Grundbuch bedarf es entsprechend der Regelung der Uebertragung der Briefhypothek nicht (über Buchhypothek s. R.C.P.O. § 731 Abs. 1 Satz 3 und 737a Abs. 1 Satz 2). Doch kann der Gläubiger auf Grund des Ueberweisungsbeschlusses, wenn die übrigen Voraussetzungen zur Eintragung gegeben sind, die Eintragung des Rechtsüberganges verlangen.

IV. Brief bei Geltendmachung der Gläubigerrechte.

§ 15.

1. Besitz des Briefes als Voraussetzung der Geltendmachung der Gläubigerrechte.

Während das B. G.B. nach der Gläubigerseite hin durch § 1153 die strengste Verbindung zwischen Forderung und Hypothek schafft, scheidet es bei der Passivlegitimation scharf zwischen persönlicher Forderung und dinglicher Haftung. Konsequent wäre es demnach gewesen, wenn auch bei Geltendmachung der Gläubigerrechte diese Trennung beibehalten worden wäre. Doch wäre es widersinnig, die Vertheidigung, wenn Schuldner und Eigenthümer in einer Person zusammentreffen, verschieden zu gestalten, je nachdem der Gläubiger den persönlichen oder den dinglichen Anspruch erhebt. Es hat deshalb § 1161 bestimmt, daß die Vorschriften über Geltendmachung der Hypothek auch auf die Geltendmachung der Forderung Anwendung finden, wenn der Eigenthümer zugleich der persönliche Schuldner ist. Bei Geltendmachung der Gläubigerrechte muß daher zwischen dem Eigenthümer (gleichgültig, ob er zugleich persönlicher Schuldner ist oder nicht) einerseits und dem sonstigen persönlichen Schuldner andererseits unterschieden werden.

a) Geltendmachung der Gläubigerrechte gegen den Eigenthümer. Zunächst muß der Gläubiger, wenn er seine Rechte geltend machen will, sich als solcher legitimiren. Die Eintragung im Grundbuche genügt hierzu nicht; denn da die Uebertragung der Hypothek nicht an die Eintragung im Grundbuch gebunden ist, so ist es leicht möglich, daß der die Gläubigerrechte geltend machende Eingetragene inzwischen über die Hypothek zu Gunsten eines Dritten verfügt hat.

---

daß hier kein Unterschied zwischen Ueberweisung an Zahlungsstatt und zur Einziehung besteht, folgt daraus, daß § 1155 die Ueberweisungserklärungen schlechthin den öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen gleichstellt.

Darum hat der eingetragene Gläubiger zu beweisen, daß er der wirkliche Gläubiger noch ist; dies aber geschieht am einfachsten durch Vorlegung des Hypothekenbriefes.[91]) Dabei sollte an sich es dem Gläubiger möglich sein, auch auf andere Art den Nachweis seines Rechtes zu führen.[92]) Dem tritt aber § 1160 durch die Bestimmung entgegen, daß der Geltendmachung der Hypothek widersprochen werden könne, wenn der Gläubiger nicht den Brief vorlegt.

Es ist sonach der Besitz des Hypothekenbriefes für die Ausübung des dinglichen Rechtes von der allergrößten Wichtigkeit. Doch ist das B. G.B. nicht soweit gegangen, daß der bloße Besitz des Briefes genügen würde, sondern es ist legitimirter Besitz erforderlich. Zum Besitz des Hypothekenbriefes aber ist derjenige legitimirt, welcher entweder in das Grundbuch eingetragen ist oder sein Recht durch eine zusammenhängende Reihe von Uebertragungsurkunden auf den eingetragenen Gläubiger zurückführt. Hat daher eine Uebertragung der Hypothek stattgefunden, so müssen auch die Abtretungserklärungen u. s. w. vorgelegt werden. (§ 1160.) Hierbei sollten an sich die einfachen schriftlichen Abtretungserklärungen des § 1154 wie zur Uebertragung der Hypothek, so auch zur Geltendmachung der Gläubigerrechte genügen. Dadurch käme jedoch der Eigenthümer häufig in eine schlimme Lage. Denn wollte er die Aenderungen des Rechtes, wie sie sich z. B. durch Befriedigung des Gläubigers ergeben haben, ins Grundbuch eintragen lassen, so wäre ihm dies oft erschwert, vielfach sogar unmöglich, da er durch lauter öffentliche bezw. öffentlich beglaubigte Urkunden nachweisen müßte, wie die Hypothek vom eingetragenen Gläubiger allmählich bis auf ihn herab gekommen sei. (G.O. 29; vergl. § 10a.) Um ihn hiergegen zu schützen, bestimmt § 1160, daß er nur demjenigen gegenüber zu leisten brauche, welcher ihn sofort in die Lage versetzen kann, beim Grundbuchamt über die eingetragene Post zu verfügen; es geschieht dies durch die Vorschrift, daß der Geltendmachung der

[91]) Statt der Vorlegung des Hypothekenbriefes genügt auch die Vorlegung eines Urtheils, in welchem die Kraftloserklärung des Briefes ausgesprochen ist (arg. 1144, G.O. 42 Abs. 2).

[92]) Soweit nicht durch sonstige Bestimmungen des Hypothekenrechts der Brief nöthig ist, indem z. B. durch §§ 1144, 273 dem Eigenthümer ein Zurückbehaltungsrecht gegeben ist, wenn ihm nicht gegen die Leistung der Hypothekenbrief ausgehändigt wird.

Hypothek widersprochen werden kann, wenn bei einer etwaigen Uebertragung der Hypothek außer dem Hypothekenbriefe nicht auch die in § 1155 bezeichneten Uebertragungsurkunden vorgelegt werden.[93])[94])

Was in § 1160 für die Geltendmachung der Hypothek ausgesprochen ist, gilt, wenn Eigenthümer und persönlicher Schuldner zusammen fallen, auch für die Geltendmachung der persönlichen Forderung. (§ 1161.)

Regel also ist, daß der Gläubiger sich dem Eigenthümer gegenüber, wenn dieser nicht widersprechen soll, durch Vorlage des Hypothekenbriefes und öffentlich beglaubigter, bis auf ihn herab zusammenhängender Uebertragungsurkunden legitimiren muß. Doch wäre eine strikte Durchführung dieses Satzes für den Verkehr ein großes Hinderniß und es würde oftmals lediglich zu einer unnützen Chikane des Gläubigers führen, wenn derselbe bei jeder Geltendmachung seiner Rechte, wie z. B. Mahnung, Kündigung, Zinszahlung, dem Eigenthümer gegenüber immer von neuem Beweis seiner Gläubigerschaft führen müßte, obwohl er dem Eigenthümer genugsam als Gläubiger bekannt ist. Es hat deshalb das B. G.B. den Schutz der §§ 1160, 1161 dem Eigenthümer nicht aufgedrängt, sondern sich damit begnügt, ihm ein Recht zu widersprechen zu geben, im übrigen es aber ihm zu überlassen, ob er davon Gebrauch machen will.

Außerdem hat das B. G.B. in gewissen Punkten, wie Mahnung, Kündigung, Zinszahlung, eine Milderung geschaffen, indem es zwar die allgemeine Regel bestehen ließ, aber doch dafür Sorge trug, daß

---

[93]) Wird der Geltendmachung der Gläubigerrechte widersprochen, so ist es Sache des Gläubigers, sich die nöthigen Nachweise zu verschaffen. Er kann auf dem Wege des § 1154 Abs. 1 Satz 2 von seinen Vorleuten öffentliche Beglaubigung ihrer Abtretungserklärungen verlangen, er kann nöthigenfalls auch, wenn der Brief abhanden gekommen oder verloren gegangen ist, im Wege des Aufgebotsverfahrens dessen Kraftloserklärung herbeiführen. So lange er aber die nöthigen Nachweise nicht besitzt, kann er die Verurtheilung des Beklagten unter Auferlegung der Kosten auch nicht bedingter Weise herbeiführen, ebensowenig Hinterlegung des schuldigen Betrages fordern. (Vergl. Dernburg Bd. II § 35.)

[94]) Befindet sich der Gläubiger im Besitz des Briefes und entsprechender Uebertragungsurkunden, so bedarf er zur Begründung seiner Klage nicht der Darlegung, daß er auf rechtmäßige Weise in Besitz derselben gelangt sei, es ist vielmehr Sache des Beklagten, diesen Punkt einredeweise geltend zu machen. (Vergl. §§ 1117, 1154.)

die ohne die nöthige Legitimation vorgenommene Geltendmachung der Gläubigerrechte unter gewissen Umständen von Bestand sein sollte.

So kann zwar der Eigenthümer bei einer Mahnung und Kündigung verlangen, daß der Gläubiger sich gemäß § 1155 legitimire; wenn aber der Eigenthümer nicht sofort aus dem Grunde, daß der Gläubiger nicht die nöthigen Urkunden vorgelegt habe, die Mahnung oder Kündigung zurückweist, so ist die Mahnung oder Kündigung gleichwohl gültig.

Ebenso kann der Eigenthümer bei Zahlung von Zinsen und anderen Nebenleistungen vom Gläubiger verlangen, daß dieser sich gehörig ausweise. Leistet er aber ohne diese Vorsicht, so ist er, wenn er ohne Wissen von einer inzwischen erfolgten Abtretung der Hypothek gezahlt hat, gegen den neuen Gläubiger gemäß § 1158 geschützt. Das Gesetz ging hier davon aus, daß es Sache des neuen Gläubigers sei, wenn er Zinsen vom Eigenthümer wolle, auch dafür zu sorgen, daß der letztere von der Uebertragung rechtzeitig Nachricht erhalte.

Eine direkte Ausnahme von der Regel des § 1160 endlich ist gemacht, wenn die Forderung auf rückständige Zinsen und Nebenleistungen gerichtet ist, indem hier die allgemeinen Vorschriften über Geltendmachung von Forderungen zur Anwendung kommen. Es hängt dies damit zusammen, daß schon die Uebertragung dieser Ansprüche nicht nach den für die Uebertragung der Hypothek, sondern nach den für Uebertragung einer gewöhnlichen Forderung geltenden allgemeinen Vorschriften geregelt ist, und daher auch die Legitimation des jeweiligen Inhabers einer solchen Forderung nicht nach hypothekenrechtlichen Grundsätzen geregelt werden konnte.

b) Geltendmachung der Gläubigerrechte gegen den sonstigen persönlichen Schuldner. Anders als die Geltendmachung der Gläubigerrechte gegen den Eigenthümer ist die Geltendmachung der persönlichen Forderung gegen den Schuldner, soweit dieser nicht Eigenthümer ist, geregelt. In diesem Falle nämlich ist es gemäß § 1161 arg. e contr. nicht nothwendig, daß die Zulassung der Schuldklage und die Wirksamkeit einer Mahnung oder Kündigung von der Vorlegung des Hypothekenbriefes bezw. der Uebertragungsurkunden abhängig gemacht wird. Erhebt daher der Gläubiger den Anspruch auf Zahlung der Schuldsumme, so muß er freilich beweisen, daß ihm die Forderung zusteht, aber die Beweisführung ist nicht den Vorschriften des § 1160 unterworfen, sondern richtet sich nach den allgemeinen

Grundschuld ist, erhellt dann indirekt aus dem Zusammenhalte des Briefes (eventuell des Grundbuchs) und der Uebertragungsurkunden.

Praktisch aber wird es meist zu einer Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuche kommen, sei es nun, daß der Eigenthümer sofort auf sich umschreiben läßt oder der Dritte, dem gegenüber er über die Grundschuld verfügen will, zu seiner Sicherheit auf die Berichtigung des Grundbuches dringt.[117])

Da in diesem Falle das innere Rechtsverhältniß total umgestaltet ist, so sollte eigentlich auch der alte Hypothekenbrief kassirt und an Stelle desselben ein Grundschuldbrief ausgegeben werden. Diesen Weg schlägt jedoch das neue Recht nicht ein, sondern G.O. § 65 hat es den Parteien überlassen, ob sie Ertheilung eines neuen Briefes (der dann als Grundschuldbrief ausgestellt wird, vergl. § 12a i. f.) wollen oder nicht. Stellen die Parteien keinen derartigen Antrag, so wird die Rechtsänderung lediglich auf dem Briefe vermerkt und eine mit dem Briefe bisher verbundene Schuldurkunde abgetrennt.[118]) Die Regelung der Form dieser Vermerke ist Sache der Landesjustizverwaltungen.

Am häufigsten wird es wohl vorkommen, daß der Eigenthümer anstatt die in eine Grundschuld verwandelte Hypothek als Grundschuld weiter zu cediren, an Stelle derselben eine andere Hypothek setzt. Es charakterisirt sich dies dann als Umwandlung einer Grundschuld in eine Hypothek.[119]) Da hierzu außer der Einigung der Betheiligten die

---

[117]) Die Eintragung liegt auch im Interesse des Eigenthümers wegen der Gefahr, daß ein früherer Gläubiger den Brief zurückerlangt, die inzwischen liegenden Uebertragungsurkunden beseitigt und den Brief an einen gutgläubigen Dritten weitercedirt.

[118]) Eine Ausnahme von der Regel, daß von Amtswegen ein neuer Brief nicht ertheilt wird, tritt im Falle der Vertheilung einer gemäß §§ 1172 Abs. 1, 1177 in eine Gesammtgrundschuld verwandelten Gesammthypothek auf die einzelnen Grundstücke ein, indem für jedes Grundstück ein neuer Brief von Amtswegen zu bilden ist (G.O. § 64). Verschieden hiervon ist der Fall des § 1173, weil hier keine Vertheilung der Gesammthypothek auf die einzelnen Grundstücke eintritt; deshalb bleibt es in letztgenanntem Falle bei dem gewöhnlichen Vermerk der Rechtsänderung auf dem Gesammthypothekenbriefe.

[119]) Nicht als Fall des § 1180, weil die Forderung bereits erloschen ist; doch wird der Fall, daß an Stelle einer noch bestehenden Forderung eine andere gesetzt wird, ganz gleich behandelt; auch hier wird mangels eines entgegenstehenden Antrags die Rechtsänderung auf dem bisherigen Briefe vermerkt (G.O. § 65 Abs. 2).

und dessen Quittung (Löschungs- oder Umschreibungsbewilligung) als zur Verfügung über die Post berechtigt, wobei allerdings indirekt die Veränderung aus diesen Urkunden erhellt.

a) Eigenthümerhypothek im weiteren Sinne. Steht dem Eigenthümer sowohl Hypothek als auch Forderung zu, so ändert sich am inneren Rechtsverhältniß nichts als die Person des jeweiligen Gläubigers. Die bisherige Verbindung zwischen Forderung und Hypothek ist aufrecht erhalten, der Eigenthümer kann durch Geltendmachung der Forderung dieselbe zum Erlöschen bringen, es muß ihm auch gestattet sein, in analoger Anwendung von § 1168 eine Trennung von Forderung und Hypothek herbeizuführen, er vermag schließlich auch Forderung und Hypothek in unveränderter Gestalt auf einen Dritten weiter zu übertragen, nur ist der Eigenthümer, so lange die Verbindung besteht, gewissen Beschränkungen des Gläubigerrechtes aus der Hypothek unterworfen.

Konsequenz ist, daß auch in der Behandlung des Hypothekenbriefes keine Aenderung eintritt. Beantragt der Eigenthümer Umschreibung der Forderung auf seine Person im Grundbuche, so wird diese Umschreibung wie jede andere Eintragung der Abtretung der Forderung auf dem Briefe vermerkt.[116]) Bringt der Eigenthümer aber die Forderung zum Erlöschen oder trennt er Hypothek und Forderung, so entsteht dadurch eine Eigenthümerhypothek im engeren Sinne.

b) Eigenthümerhypothek im engeren Sinne. Steht dem Eigenthümer nicht zugleich die persönliche Forderung zu, so verwandelt sich die Hypothek in eine Grundschuld. Doch tritt, wie oben gesagt, dies nicht sofort direkt auf dem Briefe zu Tage; denn da der Eigenthümer nicht gezwungen ist, die Rechtsänderung eintragen zu lassen, kann er die Grundschuld, wie eine gewöhnliche Grundschuld, weiter cediren (§§ 1192, 1154). Daß das, was der Dritte erwirbt, nur eine

---

[116]) Cedirt er aber die Forderung mit der Hypothek, so erwirbt der Dritte mit derselben auch die Hypothek in ihrem vollen Umfange, die Beschränkungen hören auf, weil sie ja nur in der Person des jeweiligen Inhabers gelegen waren. Rechtlich hat der Umstand, daß der Inhaber der Forderung einmal zugleich der Eigenthümer des belasteten Grundstückes war, sobald die Forderung und Hypothek weiter cedirt worden, keinen Einfluß. Dasselbe gilt für den Hypothekenbrief. Das Verhältniß liegt hier ungefähr so, wie wenn beim Wechsel eines der Zwischenindossamente auf den Aussteller lautet (abgesehen natürlich von der wechselmäßigen Haftung).

Hypothekenbrief bei den Akten aufbewahrt, oder zurückgegeben werden soll, ist reichsgesetzlich nichts vorgeschrieben (der erste Entw. des R.Z.V.G. schrieb vor, daß der Brief hinausgegeben werde, § 119 des Entw.).

Ist die Hypothek nur zum Theil erloschen, so wird dies auf dem Briefe vermerkt. Ist also z. B. bei einer Gesammthypothek das Recht an dem einen Grundstücke in Folge der Versteigerung erloschen, so wird, je nachdem der Gläubiger aus dem versteigerten Grundstücke noch theilweise befriedigt wurde oder ganz ausgefallen ist, auf dem Gesammthypothekenbriefe vermerkt, daß die Hypothek an dem versteigerten Grundstücke erloschen sei und daß sie bis zum entsprechenden Betrage, bezw. noch voll an den übrigen Grundstücken weiterbestehe.

Eine theilweise andere Behandlung des Briefes tritt ein, wenn derselbe als vollstreckbarer Titel vorgelegt wird. Der Brief wird in diesem Falle nicht unbrauchbar gemacht, sondern es wird ähnlich wie in § 677 Abs. 1 R.C.P.O. auf dem Briefe vermerkt, in welchem Umfange der Betrag durch Zahlung, Hinterlegung oder Uebertragung gedeckt ist. Der Wortlaut dieser Vermerke ist im Protokoll des Vertheilungstermins festzustellen. (R.Z.V.G. § 127.)

V. Brief bei der Eigenthümerhypothek.

§ 18.

Das B.G.B. kennt eine Eigenthümerhypothek im weiteren Sinne, bei welcher sowohl Forderung als auch Hypothek dem Eigenthümer zustehen (§ 1143) und eine Eigenthümerhypothek im engeren Sinne, bei welcher dem Eigenthümer nur die Hypothek zusteht (§§ 1163, 1168). In letzterem Falle verwandelt sich die Hypothek in eine Grundschuld, im ersteren Falle bestimmen sich die Rechte des Eigenthümers aus der Hypothek, so lange die Vereinigung besteht, nach den für eine Grundschuld des Eigenthümers bestehenden Vorschriften. (§ 1177, D. 148.)

Es ist hier am Platze zu untersuchen, inwiefern diese Rechtsgebilde von Einfluß auf den Hypothekenbrief sind. Dabei ist als allgemeine Norm aufzustellen, daß der Brief von diesen Wandlungen zunächst nicht berührt wird; ein direkter Vermerk derselben auf dem Briefe findet erst statt, wenn aus irgend einem Grunde die Rechtsänderung im Grundbuch eingetragen wird. Eine solche Eintragung ist wenigstens theoretisch nicht nöthig, sondern der Eigenthümer legitimirt sich durch Besitz des Briefes, der Uebertragungsurkunden bis auf den letzten Gläubiger herab

weichend von den allgemeinen Vorschriften des § 42 G.O. ohne Vorlegung des Hypothekenbriefes. (R.Z.V.G. §§ 130, 131; M. 616 zu B.G.B.) Es ist hier die Möglichkeit gegeben, daß durch Abtretung des Briefes über die gelöschte Hypothek an einen Dritten, der von der Zwangsversteigerung nichts weiß, dieser Dritte eine Vermögenseinbuße erleidet. Dem sucht das Gesetz dadurch vorzubeugen, daß es dem Vollstreckungsgericht das Recht zutheilt, den Brief, sofern er nicht freiwillig vorgelegt wird, von dem Berechtigten einzufordern. (R.Z.V.G. § 127.)

c) Zwangsverwaltung. Auf das Verfahren bei der Zwangsverwaltung findet das sub b über die Zwangsversteigerung Gesagte entsprechende Anwendung; nur kann bei der Zwangsverwaltung ein Erlöschen der Hypothek nur insoweit in Frage kommen, als Zahlungen auf das Kapital der Hypothek erfolgen; das Aufhören der Hypothek tritt bei der Zwangsverwaltung erst mit der Löschung ein, welche, soweit jeweils Abzahlungen gemacht werden, von Amtswegen erfolgt. Eine Vorlegung des Briefes ist auch bei diesen Löschungen nicht erforderlich. (R.Z.V.G. §§ 146, 158.)

d) Behandlung des Briefes als Urkunde. In den meisten Fällen wird es an sich nothwendig sein, den Hypothekenbrief dem Vollstreckungsgericht vorzulegen, z. B. um das Verfahren als Hypothekgläubiger betreiben zu können, oder um den durch den Theilungsplan zugetheilten Betrag ausbezahlt zu erhalten. Im Uebrigen aber hat das Vollstreckungsgericht [114]) das Recht, den Brief, wenn er nicht freiwillig vorgelegt wird, vom Berechtigten einzufordern. (R.Z.V.G. 127.)

Ist der Brief aber einmal in den Händen des Vollstreckungsgerichts, so sorgt dieses (nicht das Grundbuchamt) dafür, daß vom Briefe zum Nachtheil Dritter kein Gebrauch gemacht werden kann. Es wird deshalb, wenn die Hypothek in Folge des Zwangsvollstreckungsverfahrens erloschen ist, der Brief unbrauchbar gemacht.[115]) Darüber, ob der

---

[114]) Im Gegensatze zum I. Entwurfe R.Z.V.G. (Mot. hiezu S. 304), wo das Gericht nur den indirekten Zwang hatte, daß ohne Vorlegung des Briefes nichts ausbezahlt wurde, dem gänzlich Ausgefallenen gegenüber aber keinerlei Befugnisse hatte.

[115]) Dagegen darf die mit dem Brief verbundene Schuldurkunde nicht unbrauchbar gemacht werden, da die Zwangsvollstreckung nur das dingliche Recht betrifft; die Schuldurkunde ist daher abzutrennen und zurückzugeben.

Möglich nun ist es, daß sich für den Betrag der Briefhypothek überhaupt niemand meldet, oder daß jemand, der nicht der ursprünglich Eingetragene ist, den Betrag für sich in Anspruch nimmt, ohne den gehörigen Nachweis des Rechtsüberganges auf seine Person erbringen zu können, oder endlich, daß der Legitimationsmangel bei dem sich Meldenden darin besteht, daß er den Brief nicht vorzulegen vermag.

In den beiden ersten Fällen hat das Vollstreckungsgericht von Amtswegen dem unbekannten Berechtigten einen Vertreter zu bestellen, dem die Ermittelung des Berechtigten obliegt. (R.Z.V.G. § 135.) Führen diese Ermittelungen innerhalb dreier Monate nach dem Vertheilungstermin zu keinem Ergebniß, so darf der bei Wegfall des Hypothekgläubigers Berechtigte mit Ermächtigung des Vollstreckungsgerichts das Aufgebot zum Zwecke der Ausschließung des unbekannten Berechtigten von der Befriedigung aus dem zugetheilten Betrage in Antrag bringen. Die Erledigung des Aufgebotsverfahrens ist nach näherer Bestimmung der R.Z.V.G. §§ 140, 141 dem Vollstreckungsgerichte übertragen. Wird der Berechtigte ermittelt, so wird wie gewöhnlich verfahren. (R.Z.V.G. §§ 137, 138 Abs. 2.)

Vermag jedoch der sich Meldende bloß den Hypothekenbrief nicht vorzulegen, so ist es seine Sache, rechtzeitig das Aufgebot des Briefes und dessen Kraftloserklärung herbeizuführen. (Aufgebot des Briefes im Gegensatz zum Aufgebot der Briefhypothek wie oben.) Die Bestellung eines Vertreters findet in diesem Falle nicht statt, das Aufgebot erfolgt nicht durch das Vollstreckungsgericht als solches, sondern durch das zuständige Prozeßgericht. Da aber die Löschung der durch den Zuschlag erloschenen Hypothek unabhängig von der Vorlage des Briefes geschieht und daher die Hypothek oft schon gelöscht, also der Hypothekenbrief als solcher bereits kraftlos sein wird, wenn der Berechtigte das Aufgebot des Briefes beantragt, so bestimmt R.Z.V.G. § 136, daß der Brief im Wege des Aufgebotsverfahrens auch dann für kraftlos erklärt werden kann, wenn die Hypothek bereits gelöscht ist. (Vergl. Mot. zu §§ 135, 136 R.Z.V.G.)

d) Berichtigung des Grundbuchs. Ist der Theilungsplan ausgeführt und der Zuschlag rechtskräftig, so ist das Grundbuchamt vom Vollstreckungsgericht zu ersuchen, die durch den Zuschlag erloschenen Rechte zu löschen. Die Löschung der im Zwangsversteigerungsverfahren erloschenen Hypotheken geschieht sonach von Amtswegen und zwar ab-

Neueintragung, daß die Post der Sicherungshypothek den Vorrang habe, materiell nicht gegeben ist. (Also Ausn. v. G.O. 40.) Die Uebertragung wirkt wie die Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstücke. Doch tritt diese Wirkung gemäß § 118 Abs. 2 R.Z.V.G. nicht ein, wenn der Gläubiger binnen drei Monaten auf die Rechte aus dem Zuschlage verzichtet oder die Wiederversteigerung beantragt. Dies kann bei einem Gesammthypothekenbriefe von Einfluß sein; doch ist es Sache der Ausführungsvorschriften, hier nähere Bestimmungen zu geben.

γ) Brief beim Vertheilungsverfahren. Ist der Zuschlag ertheilt, so schreitet der Richter zur Aufstellung des Theilungsplanes. Da die Hypothek zu den Ansprüchen gehört, welche aus dem Grundbuche ersichtlich sind, so wird ihr Betrag von Amtswegen in den Plan eingestellt. (§ 114 R.Z.V.G.) Will jedoch der Gläubiger den ihm zugetheilten Betrag erheben, so muß er sich gemäß § 1155 durch Vorlage des Briefes und einer Reihe zusammenhängender, auf den eingetragenen Gläubiger zurückführender, öffentlich beglaubigter Abtretungserklärungen, sofern er nicht selbst eingetragen ist, legitimiren und Brief und Uebertragungsurkunden, soweit diese sich nicht schon bei den Akten befinden, dem Vollstreckungsrichter aushändigen.[113])

Nachdem aber bei der Briefhypothek die Möglichkeit besteht, daß der Gläubiger nicht, oder nicht sofort in der verlangten Weise, bekannt und legitimirt ist, mußten für diese Fälle Bestimmungen getroffen werden. In dieser Richtung schreibt § 126 R.Z.V.G. vor: „Ist für einen zugetheilten Betrag die Person des Berechtigten unbekannt, insbesondere bei der Briefhypothek der Brief nicht vorgelegt, so ist der Betrag für den unbekannten Berechtigten zu hinterlegen, bezw. soweit der Betrag nicht baar bezahlt wird, ist die Forderung gegen den Ersteher auf den Berechtigten zu übertragen. Durch den Theilungsplan ist festzustellen, wie der Betrag vertheilt werden soll, wenn der Berechtigte nicht ermittelt wird".

---

[113]) Denn der Richter handelt bei Vertheilung des Versteigerungserlöses zwar nicht als Vertreter des Eigenthümers, aber er bezahlt doch dessen Schulden aus dessen Vermögen. Er darf daher auch nur unter denjenigen privatrechtlichen Voraussetzungen zahlen, unter denen auch der Eigenthümer verpflichtet ist und muß deshalb im Interesse des Eigenthümers Vorlegung und Aushändigung des Briefes und der Uebertragungsurkunden des § 1155 fordern. (Krech-Fischer S. 395. Dernburg II § 53 i. f. fordert insbesondere öffentliche Urkunden.)

thekenbrief als Urkunde über eine Hypothek wird dadurch kraftlos; er hat nur insofern noch eine Bedeutung, als er dazu dient, den Gläubiger bei einer etwaigen Vertheilung des Versteigerungserlöses zu legitimiren.

Eine Ausnahme hiervon kann jedoch eintreten, wenn die Hypothek durch das Meistgebot gedeckt ist und der Ersteher dieselbe durch Vertrag mit dem Gläubiger übernimmt. Die betreffenden Erklärungen müssen entweder im Vertheilungstermin zu Protokoll abgegeben werden, oder müssen dem Grundbuchamt, bevor dieses um Berichtigung des Grundbuches ersucht wird, durch öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden.[112]) (§ 91 R.Z.V.G.) Daß die Uebernahme erfolgt ist, braucht an sich weder im Grundbuche noch auf dem Briefe vermerkt zu werden; die Forderung bleibt ja unverändert im Grundbuche bestehen. (arg. § 130 R.Z.V.G.) Zunächst also ist die Uebernahme ohne Einfluß auf den Hypothekenbrief. (Vergl. Krech-Fischer S. 389.) Wird aber die Uebernahme eingetragen, so erfolgt diese Eintragung nach der gewöhnlichen Regel, wonach Vorlegung des Briefes erforderlich ist und die Eintragung auf dem Briefe vermerkt wird.

Ist eine Vereinbarung der Uebernahme nicht getroffen, die Hypothek aber durch das Meistgebot gedeckt, so erlischt die Hypothek und an ihre Stelle tritt für den Gläubiger der Anspruch auf Zahlung des Kapitals aus dem Versteigerungserlöse. Soweit dieses nicht baar bezahlt wird, wird die Forderung gegen den Ersteher durch Anordnung des Gerichts auf den Gläubiger übertragen. (R.Z.V.G. §§ 117, 118.) Für die übertragene Forderung ist eine Sicherungshypothek an dem Grundstück mit dem Range des bisherigen Anspruches einzutragen. (R.Z.V.G. § 128.) Zur Eintragung des Vorranges einer solchen Sicherungshypothek ist die Vorlegung des über die erloschene Hypothek gebildeten Briefes nicht erforderlich. (R.Z.V.G. § 131.) Ebensowenig ist Vorlegung der Briefe über die Posten, welchen die neue Sicherungshypothek im Range vorgeht, erforderlich, weil dieser Vorrang ja schon bestanden hat, also eine

---

[112]) Die Vereinbarung wirkt im Uebrigen wie die Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstücke (R.Z.V.G. § 91). Durch den Uebernahmevertrag tritt der Ersteher als Schuldner in die zur Hebung kommende Forderung ein. Er kann keine Einreden aus dem ursprünglichen Rechtsverhältniß zwischen Gläubiger und Schuldner machen, weil er ja die Forderung nur in der Absicht übernommen hat, den von ihm zu zahlenden Versteigerungserlös insoweit zu tilgen (Krech-Fischer S. 388).

Bei Zustellung der Bestimmung des Versteigerungstermines kann das Vollstreckungsgericht, wenn ihm der aus der Briefhypothek wirklich Berechtigte nicht bekannt ist, nur dem zustellen, welcher im Grundbuche eingetragen ist (bezw. dessen letztem bekannten Rechtsnachfolger.) Dieser gilt dem Vollstreckungsgerichte gegenüber als der Berechtigte (aber nur in Bezug auf Zustellungen) und zwar so lange, als der wirklich Berechtigte sich nicht anmeldet oder er die Zustellungen ablehnt. Der Eingetragene ist sonach dem Vollstreckungsgericht gegenüber gewissermaßen natürlicher Vertreter des wirklichen Berechtigten.[110])

β) Wirkungen des Zuschlags. Ist der Versteigerungstermin herangekommen, so ist es für den Fortbestand der Hypothek und damit auch für das Schicksal des Hypothekenbriefes entscheidend, ob die Hypothekenforderung in das geringste Gebot aufgenommen wird oder nicht und ob sie nach den Versteigerungsbedingungen bestehen bleiben soll oder nicht. Ist sie in das geringste Gebot aufgenommen, so bleibt die Hypothek unverändert bestehen, sofern sie nach den Versteigerungsbedingungen nicht durch Zahlung zu decken ist (R.Z.V.G. § 52) und erfährt deshalb auch der Brief keine Aenderung, es sei denn, daß gemäß § 57 Abs. 3 G.O. Ergänzung des Grundbuchsauszugs beantragt wird.[111]) Dasselbe gilt, wenn die Hypothek gemäß den Versteigerungsbedingungen bestehen bleiben soll.

Ist die Hypothek aber nicht in das geringste Gebot aufgenommen und soll sie auch nicht nach den Versteigerungsbedingungen bestehen bleiben, so erlischt sie durch den Zuschlag (R.Z.V.G. § 91.) Der Hypo-

---

wird, wenn die sonst nöthigen Voraussetzungen hierzu gegeben sind, von Amtswegen in das geringste Gebot und in den Vertheilungsplan eingesetzt, so daß es demnach einer Anmeldung seines Rechtes in dem Sinne, daß er ohne dieselbe in seinem Rechte zurückgesetzt würde (wie in den in § 45 R.Z.V.G. statuirten Fällen) nicht bedarf. (§§ 45, 114 R.Z.V.G.)

[110]) Sache des Eingetragenen ist es dann, die Zustellung in die Hände seines Rechtsnachfolgers gelangen zu lassen; ob der wirklich Berechtigte die Zustellung auch erhält oder nicht, hat auf den Gang des Verfahrens keinen Einfluß. Eventuell muß nach den Vorschriften der R.Z.V.G. §§ 6, 7 ein Zustellungsvertreter bestellt werden, an den dann die Zustellungen erfolgen, so lange der wirkliche Gläubiger nicht ermittelt ist, und welcher zur Ermittelung und Benachrichtigung des von ihm Vertretenen verpflichtet ist.

[111]) Es gleicht das Verhältniß einem Kaufvertrag, wo der Käufer in Anrechnung auf den Kaufpreis eine Schuld des Verkäufers übernimmt.

Dem Antrag auf Anordnung der Zwangsvollstreckung (Zwangsversteigerung oder -verwaltung) muß die vollstreckbare Ausfertigung des Titels (in gewissen Fällen also des Hypothekenbriefes) beigelegt werden, außerdem muß gemäß § 671 R.C.P.O., wenn der Brief selbst Vollstreckungstitel ist, eine Abschrift des Hypothekenbriefes dem Schuldner zugestellt sein (R.Z.V.G. §§ 16, 146).

b) Zwangsversteigerung. α) Verfahren bis zum Zuschlag. Ordnet das Gericht die Zwangsversteigerung an, so hat es zugleich das Grundbuchamt um Eintragung dieser Anordnung in das Grundbuch zu ersuchen. Die Eintragung des Versteigerungsvermerks erfolgt der Natur der Sache nach ohne Vorlegung der Briefe über die auf dem betroffenen Grundstücke lastenden Hypotheken, die zunächst allerdings nur mittelbar von der Eintragung betroffen werden.

Nach Eintragung des Versteigerungsvermerks hat das Grundbuchamt unter anderem eine beglaubigte Abschrift des Grundbuchblattes zu ertheilen und Nachricht darüber zu geben, was ihm über Wohnort und Wohnung der eingetragenen Berechtigten oder deren Vertreter bekannt ist. (R.Z.V.G. § 19.) Es wird sodann der Versteigerungstermin anberaumt; die Terminsbestimmung ist den Betheiligten zuzustellen. (R.Z.V.G. § 41.) Als betheiligt aber kommen nach § 9 desselben Gesetzes diejenigen in Betracht, für welche ein Recht im Grundbuche eingetragen ist, wozu auch die Hypothekengläubiger gehören.

Bezüglich der Kenntniß der Person der Betheiligten ist das Institut des Hypothekenbriefes von großem Einfluß, da in Folge der Uebertragungsart der Briefhypothek der Gläubiger nicht selten wenigstens dem Grundbuchamt unbekannt sein wird, wenn man auch annehmen darf, daß durch Befragen des Schuldners oder Grundstückseigenthümers die Person des jeweiligen berechtigten Gläubigers regelmäßig zu eruiren sein wird.[109])

---

einer Grundschuld derartig, daß der Eigenthümer sich der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft, konstituirt werden kann, daß es aber bei der Grundschuld nicht wie bei der Hypothek eine Verbindung der Schuldurkunde mit dem Briefe giebt, so dürfte es nicht ungerechtfertigt erscheinen, zu sagen, daß, wie hier der Grundschuldbrief, dort der Hypothekenbrief als solcher für vorläufig vollstreckbar erklärt wird.

[109]) Aber auch wenn die Person des derzeitigen Gläubigers unbekannt bleibt, so ist dies für die Berücksichtigung seines Rechtes beim Verfahren ohne Einfluß, denn er gilt, ohne einer Anmeldung zu bedürfen, als Betheiligter und

Ist es der Hypothekengläubiger selbst, welcher die Zwangsvollstreckung in das Grundstück betreibt, so muß er sich vor allem durch Vorlage des Briefes und der Uebertragungsurkunden gemäß § 1155 als Gläubiger legitimiren. Eine solche bloße Legitimation genügt aber nicht, sondern er muß für seine Forderung auch einen vollstreckbaren Titel haben. Diesen kann er sich dadurch verschaffen, daß er gestützt auf den Hypothekenbrief und die mit demselben verbundenen Urkunden im Mahnverfahren oder im Urkundenprozeß gegen den Eigenthümer vorgeht.[107])

Einer Klage bedarf es überhaupt nicht, wenn die Erfordernisse einer exekutorischen Schuldurkunde im Sinne des § 702 Ziff. 5 R.C.P.O. vorliegen. Die Streitfrage, ob die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung auch gegen den Singularsuccessor wirke, ist durch § 705a R.C.P.O. dahin entschieden worden, daß die Unterwerfung mit der Wirkung erfolgen könne, daß die Zwangsvollstreckung aus der Urkunde gegen den jeweiligen Eigenthümer des Grundstückes stattfindet, nur bedarf es in diesem Falle der Eintragung der Unterwerfung in das Grundbuch. Es ist demnach zu sagen, daß eine Vollstreckbarkeitserklärung des Hypothekenbriefes als Voraussetzung der Einleitung des Verfahrens genügt.[108])

[107]) Die Rechtshängigkeit wirkt in diesem Falle auch gegen den gutgläubigen dritten Erwerber des Grundstückes. § 238a R.C.P.O. in der Anlage zum R.Z.V.G. bestimmt: „Betrifft der Rechtsstreit einen Anspruch aus einer Hypothek, so ist die Entscheidung im Falle einer Veräußerung des belasteten Grundstückes in Ansehung des Grundstückes gegen den Rechtsnachfolger auch dann wirksam und vollstreckbar, wenn dieser die Rechtshängigkeit nicht gekannt hat". Vergl. auch R.Z.V.G. § 26.

[108]) Fraglich kann es sein, ob es der Hypothekenbrief oder die mit ihm verbundene Schuldurkunde ist, auf Grund deren die Zwangsvollstreckung stattfindet. Praktisch hat die Frage wenig Bedeutung, da beide meist auf das engste verbunden sind. Daß nur die Schuldurkunde als vollstreckbar erklärt wird, scheint Achilles, E.E.G. § 37 i. f., vorgeschwebt zu haben, ist aber dort nur konsequent, weil Achilles die Unterwerfung gegen den Singularsuccessor nicht wirken läßt. Nachdem aber jetzt durch § 705a vorgeschrieben ist, daß die Zwangsvollstreckung gegen den jeweiligen Eigenthümer, also auch gegen den Singularsuccessor nur stattfindet, wenn die Unterwerfung im Grundbuch eingetragen ist, so gründet sich die Vollstreckbarkeitserklärung nicht auf die Schuldurkunde, welche höchstens die Bewilligung zur Eintragung enthält, sondern auf die Bestätigung des Grundbuchamts über die Eintragung, wie sie im Hypothekenbriefe zum Vorschein kommt. Erwägt man ferner, daß gemäß § 702 Abs. 2 R.C.P.O. der Anspruch aus

der Schuldübernahme gewählt, so tritt das Gleiche ein, wie wenn der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet. (§ 418; vergl. sub d.) Findet zwischen dem Schenker und dem Gläubiger eine förmliche Abtretung der Hypothek mit Uebergabe des Hypothekenbriefes statt, so kann vom Schenker selbst Herausgabe des Hypothekenbriefes nur verlangt werden, wenn die Voraussetzungen des § 518 gegeben sind. Im Uebrigen wird je nach Lage des einzelnen Falles § 1143, 1163 Satz 2 oder 1164 in Anwendung zu kommen haben und bemißt sich auch hienach die Frage, wem der Brief zusteht.

d) Brief bei Verzicht des Gläubigers. Endlich ist es auch möglich, daß der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet. (§ 1168.)[105][106]

Da der Verzicht in das Grundbuch eingetragen werden muß, so ist gemäß § 42 G.O. der Brief dem Grundbuchamt vorzulegen, die Eintragung wird auf dem Briefe vermerkt. Will der Gläubiger den Brief dem Grundbuchamte nicht vorlegen, so kann der Eigenthümer dies durch Klage erzwingen, wenn der Gläubiger gemäß § 875 Abs. 2 sich gebunden hat. Wem dann der Brief auszuhändigen ist, darüber besteht keine Bestimmung; doch dürfte zu sagen sein, daß der Brief dem Eigenthümer ausgehändigt werden soll, da ihm die Hypothek zusteht. Denn auch im Falle des Verzichtes erwirbt der Eigenthümer kraft Gesetzes die Hypothek, sie steht ihm also bereits mit Vollzug der Eintragung, nicht erst mit Aushändigung des Briefes zu. Bei theilweisem Verzicht hat der Eigenthümer nur die Rechte aus § 1145.

§ 17.

3. Brief bei Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstücke.

a) Voraussetzungen des Verfahrens. Vermag ein Gläubiger aus dem beweglichen Vermögen des Schuldenden seine Befriedigung nicht zu erhalten, so kann er diese auf dem Wege der Zwangsvollstreckung aus dem verpfändeten Grundstücke, sei es nun durch Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung, suchen.

---

[105]) Der Gläubiger kann vom Eigenthümer zum Verzicht gezwungen werden (§ 1169); in diesem Falle kann der Verzicht durch Urtheil ersetzt werden.

[106]) Ueber die Erfordernisse des Verzichts vergl. § 1168. Der Verzicht muß dem Eigenthümer gegenüber oder vor dem Grundbuchamte erklärt und in das Grundbuch eingetragen werden. Die Vorschriften des § 875 Abs. 2 und §§ 876, 878 finden entsprechende Anwendung.

c) Sonstige Fälle der Befriedigung. Befriedigt der Bürge den Gläubiger, so geht die Forderung (§ 774) und die Hypothek (§§ 401, 412, 1153) auf den Bürgen über. Der Uebergang erfolgt kraft Gesetzes (vergl. sub a); gemäß §§ 952, 402 kann der Bürge Herausgabe des Hypothekenbriefes und der Uebertragungsurkunden an seine Person, gemäß § 368 öffentliche Beglaubigung der das Recht auf den Bürgen übertragenden Quittung verlangen. — Betreibt der Gläubiger die Zwangsvollstreckung in das Grundstück, so ist jeder, der Gefahr läuft, durch die Zwangsvollstreckung ein Recht an dem Grundstück zu verlieren, berechtigt, den Gläubiger zu befriedigen. Es geht dadurch die Forderung und mit dieser die Hypothek auf den Dritten über und stehen diesem dann die Rechte aus §§ 1144, 1145 zu. (§ 1150.)

Befriedigt ein beliebiger Dritter den Gläubiger, so wird sich dies gewöhnlich als einfache Abtretung der Forderung qualifiziren und nach den hierfür aufgestellten Regeln bemessen. Geschieht die Leistung wider den Willen des Schuldners, so kann der Gläubiger sie ablehnen. (§ 267.) Hat aber einmal der Gläubiger die Leistung von dem Dritten angenommen, so wird er diesem, ohne Rücksicht auf das Rechtsverhältniß zwischen demselben und dem Eigenthümer bezw. dem persönlichen Schuldner zur Abtretung der Forderung verpflichtet und hat der Dritte einen obligatorischen Anspruch auf Uebergabe des Briefes nebst den nöthigen Uebertragungsurkunden. Leistet aber der Dritte in der Absicht, dem Schuldner oder Eigenthümer damit eine Schenkung zu machen, so kommt es für das fernere Schicksal des Hypothekenbriefes auf die Formen an, in denen sich die Schenkung vollzieht. Wird die Gestalt

---

weis nicht in Form des § 29 der G.O. erbracht werden, so ist die Umschreibung nur möglich, wenn der Eigenthümer einwilligt oder dazu verurtheilt wird. Wird der Brief mit Unrecht dem Befriedigenden ausgehändigt, so kann der Eigenthümer nach §§ 894, 896, 952 gegen den Besitzer des Briefes vorgehen.

[103]) Hat der Schuldner nur theilweise Ersatz zu verlangen, so kann er nicht Herausgabe des Hypothekenbriefes, wohl aber Bildung eines Theilhypothekenbriefes (u. s. w. s. Anm. 101) verlangen; dasselbe gilt, wenn er den Gläubiger nur theilweise befriedigt. (§§ 1167, 1145.)

[104]) Dem sub b behandelten Falle steht es gleich, wenn sich Forderung und Schuld in einer Person vereinigen; z. B. durch Erbgang. Wenn also noch Ersatzansprüche vorhanden sind, dann steht die Hypothek insoweit nicht dem Eigenthümer zu, sondern dem, in dessen Person die Vereinigung eingetreten ist; die Forderung erlischt.

b) **Brief bei Befriedigung durch den persönlichen Schuldner.** Befriedigt der persönliche Schuldner, der nicht zugleich der Eigenthümer ist, den Gläubiger, so erlischt zunächst die Forderung. Für das Schicksal der Hypothek kommt es darauf an, ob der befriedigende persönliche Schuldner Ersatzansprüche gegen den Eigenthümer oder gegen einen Rechtsvorgänger desselben bezw. ein rechtliches Interesse an der Berichtigung des Grundbuches hat oder nicht. Hat er Ersatzansprüche, so erwirbt er insoweit die Hypothek, und es stehen ihm die in § 1144 bezeichneten Rechte zu. (Vergl. sub a.) Der Brief gelangt dann, sobald der persönliche Schuldner seinen Rückgriff gegen den Eigenthümer nimmt, in dessen Hände (§ 1144.) Hat der persönliche Schuldner keine Ersatzansprüche, wohl aber ein sonstiges rechtliches Interesse an der Berichtigung des Grundbuches, so steht zwar die Hypothek dem Eigenthümer zu, aber gleichwohl kann der persönliche Schuldner auf Grund des § 1167 Herausgabe des Briefes und der übrigen in § 1144 bezeichneten Urkunden an seine Person verlangen. Säumt dann der persönliche Schuldner mit der Berichtigung des Grundbuches, so kann ihn der Eigenthümer auf dem Wege der §§ 894, 896, 952 zur Berichtigung des Buches und damit auch zur Aushändigung des Briefes an den Eigenthümer zwingen. Hat der Befriedigende weder Ersatzansprüche noch ein sonstiges rechtliches Interesse an der Berichtigung des Grundbuches, so steht die Hypothek dem Eigenthümer zu (§ 1163 Satz 2), und dieser kann sich dann auf dem Wege der §§ 894, 896, 952 in den Besitz des Briefes setzen.[102])[103])[104])

---

[101]) Befriedigt der Eigenthümer den Gläubiger nur theilweise, so kann er die Aushändigung des Hypothekenbriefes nicht verlangen, wohl aber kann er fordern, daß die Theilbefriedigung vom Gläubiger auf dem Hypothekenbriefe vermerkt und dann der bezügliche Theilbetrag entweder im Grundbuche gelöscht (umgeschrieben) oder über denselben ein besonderer Theilhypothekenbrief ausgestellt und ihm übergeben wird. (§ 1145.)

[102]) Thatsächlich wird sich die Sache meist so abspielen, daß der Gläubiger demjenigen, der ihn bezahlt, den Brief aushändigt, wenn dies verlangt wird; denn eine Kognition darüber, ob der Befriedigende Ansprüche aus § 1167 hat, kann dem Gläubiger weder zugestanden noch zugemuthet werden. Es entsteht dabei auch kein Schaden; denn der persönliche Schuldner kann die Hypothek ohne Einwilligung des Eigenthümers nicht zur Löschung bringen (G.O. § 27), auch kann er die Hypothek wegen seiner Ersatzansprüche nicht ohne Weiteres auf sich umschreiben lassen. Hiezu ist nothwendig, daß er seine Ersatzansprüche dem Grundbuchamte nachweist (G.O. § 22 u. Mot. hiezu). Kann dieser Nach-

überläßt es seinem Ermessen, ob er davon Gebrauch machen will. (Vergl. § 1160.)

Aus der Vorschrift des § 1144 folgt:

1. Der Eigenthümer kann Herausgabe des Hypothekenbriefes verlangen.

2. Der Eigenthümer kann Herausgabe der den befriedigten Gläubiger legitimirenden Uebertragungsurkunden fordern.[98])

3. Der befriedigte Gläubiger muß selbst dem Eigenthümer eine Erklärung aushändigen, durch welche dieser in den Stand gesetzt wird, beim Grundbuchamt über die Post zu verfügen, nämlich eine den Erfordernissen § 29 der G.O. entsprechende Umschreibungs- oder Löschungsbewilligung.[99])

Vermag der Gläubiger diese Verpflichtungen nicht zu erfüllen, oder weigert er sich dessen, so hat der Eigenthümer gemäß § 273 ein Zurückbehaltungsrecht; hat er aber bereits geleistet, so kann er auf Grund der §§ 1144, 368 Herausgabe des Briefes und der Uebertragungsurkunden, Beglaubigung der Abtretungserklärungen, Abgabe und Beglaubigung der Löschungs- oder Umschreibungsbewilligung verlangen, eventuell durch Klage erzwingen.[100])[101])

---

[98]) Diese Uebertragungsurkunden müssen den bisherigen Gläubiger grundbuchmäßig legitimiren, d. h. die Erfordernisse des § 1155 erfüllen. Thun sie dies nicht, so kann der Eigenthümer der Geltendmachung der Gläubigerrechte überhaupt widersprechen (§ 1160) oder Ergänzung des noch Fehlenden verlangen.

[99]) Bei einer gewöhnlichen Forderung muß der befriedigte Gläubiger quittiren; nachdem aber hier neben der Forderung noch ein im Grundbuche eingetragenes Recht in Frage kommt, muß der bisherige Berechtigte dem Eigenthümer diejenige Erklärung abgeben, die für das Grundbuchrecht die Quittung ersetzt, nämlich die Umschreibungs- oder Löschungsbewilligung, und zwar in Form des § 29 G.O. Doch dürfte in analoger Anwendung des § 26 G.O. zu sagen sein, daß eine einfache Quittung, sofern sie die Erfordernisse des § 29 G.O. erfüllt, genügt, um den Eigenthümer dem Grundbuchamte gegenüber zur Verfügung zu legitimiren.

[100]) Während bei der Abtretung der Hypothek der neue Gläubiger nur einen obligatorischen Anspruch gegen den alten auf Herausgabe des Briefes erlangt, und diesen Anspruch, wenn vor der Uebergabe des Briefes der Gläubiger die Hypothek an einen Dritten abtritt oder im Wege der Zwangsvollstreckung gegen den bisherigen Gläubiger die Forderung auf einen Dritten übertragen worden ist, gegen diesen Dritten gar nicht geltend machen und, wenn der Gläubiger in Konkurs geräth, nur auf Entschädigung klagen kann, steht dem befriedigenden Eigenthümer ein dingliches Recht auf Herausgabe des Briefes zu (abgesehen von § 892).

Hypothek und dementsprechend auch des Hypothekenbriefes ein verschiedenes.

a) Brief bei Befriedigung durch den Eigenthümer. Durch die Befriedigung des Gläubigers erwirbt der Eigenthümer die Hypothek, und zwar, wenn er nicht zugleich der persönliche Schuldner ist, mitsammt der Forderung (§§ 1163 Satz 2, 1143.)[95])

Der Uebergang der Hypothek erfolgt in beiden Fällen kraft Gesetzes. Während also bei der Uebertragung der Hypothek gemäß § 1154 der neue Erwerber die Hypothek erst erwirbt, wenn ihm der Brief übergeben wird, ist hier der Uebergang der Hypothek nicht etwa an die Uebergabe des Briefes gebunden, sondern der Rechtsübergang ist eine unmittelbare Folge der Befriedigung des Gläubigers.[96])[97])

Nachdem also der Eigenthümer die Hypothek erwirbt, muß ihn der bisherige Gläubiger in Stand setzen, über das erworbene Recht zu verfügen. § 1144 drückt dies mit nachstehenden Worten aus: „Der Eigenthümer kann gegen Befriedigung des Gläubigers die Aushändigung des Hypothekenbriefes und der sonstigen Urkunden verlangen, die zur Berichtigung des Grundbuches oder Löschung der Hypothek erforderlich sind". Es begnügt sich also auch hier das B. G. B., dem Eigenthümer die Mittel zu seinem Schutze an die Hand zu geben, und

---

[95]) Sonst erlischt die persönliche Forderung, er erwirbt nur die Hypothek, die sich in eine Grundschuld verwandelt. (§§ 1163 Abs. 2, 1177. Ueber den Einfluß dieser Verwandlung auf den Brief vergl. § 18.)

[96]) Dies gilt auch dann, wenn sich die Befriedigung des Gläubigers in der Form der Uebertragung der Forderung auf den Eigenthümer vollzieht, also statt der Quittung oder Umschreibungsbewilligung die Form der Abtretungserklärung gewählt wird. Denn innerlich ist das Geschäft nichts anderes als eine Befriedigung des Gläubigers durch den Eigenthümer und muß deshalb nach den hierfür geltenden Grundsätzen, nicht nach denen der Abtretung beurtheilt werden.

[97]) Wenn nun auch zum Uebergang der Hypothek die Uebergabe des Hypothekenbriefes und der Uebertragungsurkunden nicht nothwendig ist, so wird sie doch aus anderen Gründen erforderlich, nämlich einmal um dem Eigenthümer die Möglichkeit zu geben, über die Hypothek zu verfügen, dann aber auch, um denselben gegen eine weitere Abtretung durch den bisherigen Gläubiger zu schützen. Denn bleibt der Hypothekenbrief mit den Uebertragungsurkunden in den Händen des Gläubigers und gelingt es diesem, den Brief an einen gutgläubigen Erwerber weiter zu veräußern, so muß der Eigenthümer noch einmal zahlen, da dieser Dritte durch §§ 892, 1138 geschützt wird.

Beweisregeln (M. 760). Gegen eine Mahnung oder Kündigung eines Nichtberechtigten aber ist der Schuldner ohnehin hinlänglich durch § 410 geschützt, sodaß auf § 1160 Abs. 2 nicht zurückgegriffen zu werden braucht.

Von dieser allgemeinen Regel, daß die Vorlage des Hypothekenbriefes bei Geltendmachung des persönlichen Anspruches nicht nothwendig ist, macht § 1167 eine tiefgreifende Ausnahme, indem er die in §§ 368, 371 dem persönlichen Schuldner eingeräumten Rechte dahin erweitert, daß der Schuldner, falls er bei Befriedigung des Gläubigers die Hypothek erwirbt (§ 1164) oder sonst ein rechtliches Interesse an der Berichtigung des Grundbuches hat, Herausgabe des Hypothekenbriefes und der zur Berichtigung des Grundbuches nöthigen Urkunden oder bei Theilbefriedigung Vermerk derselben auf dem Hypothekenbriefe und Bildung eines Theilhypothekenbriefes bezw. theilweise Löschung (Berichtigung) im Grundbuche verlangen kann. Durch § 273 B.G.B. wird dann auch dem persönlichen Schuldner ein Zurückbehaltungsrecht gegeben, wenn die Gegenleistungen aus §§ 1167, 1144, 1145 nicht geschehen.

Das Resultat hiervon ist, daß im allgemeinen bei Geltendmachung des persönlichen Anspruches gegen den Nichteigenthümer zwar theoretisch die Vorlage des Briefes nicht nöthig ist, praktisch aber in den meisten Fällen erforderlich sein wird; denn abgesehen davon, daß der Beweis des Gläubigerrechts ohne Vorlage des Briefes ein schwieriger, vielfach ein unmöglicher sein wird, wird in der weitaus größten Anzahl der Fälle der den Gläubiger befriedigende persönliche Schuldner ein Interesse der im § 1167 bezeichneten Art haben, so daß er Herausgabe des Briefes verlangen kann. (Vergl. auch Anm. 102.)

§ 16.

2. Brief bei gewöhnlicher Befriedigung des Gläubigers.

Die Befriedigung des Gläubigers kann von verschiedenen Seiten erfolgen. Im Vordergrunde der hier in Betracht kommenden Personen stehen der Eigenthümer des belasteten Grundstückes und der persönliche Schuldner, außerdem kann der Gläubiger vom Bürgen, von einem Ablösungsberechtigten oder einem beliebigen Dritten Zahlung empfangen, schließlich ist es auch möglich, daß der Gläubiger, ohne Bezahlung erhalten zu haben, auf die Hypothek verzichtet. Je nachdem die eine oder andere Möglichkeit eintritt, ist das Schicksal der Forderung und

Eintragung im Grundbuche nöthig ist, so muß der ehemalige Hypothekenbrief mitsammt den bisherigen Uebertragungsurkunden dem Grundbuchamt vorgelegt werden; trotz der doppelten Umänderung von einer Hypothek in eine Grundschuld und wiederum in eine Hypothek wird von Amtswegen kein neuer Brief ertheilt, sondern lediglich die Rechtsänderung auf dem bisherigen Briefe vermerkt, die alte Schuldurkunde abgetrennt und die neue, falls eine solche vorhanden ist, mit dem Briefe verbunden. Wollen die Parteien einen neuen Brief haben, so müssen sie dies beantragen.[120]) (G.O. §§ 65, 70.)

VI. Brief bei Löschung der Hypothek.

§ 19.

a) Vorlegung des Briefes und sonstige Erfordernisse des Antrages. Die Hypothek erlischt nicht mit dem Untergang der Forderung, sie erlischt vielmehr regelmäßig erst mit der Löschung im Grundbuch.[121]) Die Löschung im Grundbuch erfolgt nur auf Antrag. Dabei muß sich der Antragsteller als verfügungsberechtigt über die Post auszuweisen vermögen. Dazu ist vor allem erforderlich, daß er den Hypothekenbrief nebst den Uebertragungsurkunden, welche den Vorschriften des § 1155 genügen müssen, in seinen Händen hat und dem Grundbuchamte vorlegt. Die Funktion des Hypothekenbriefes bei Löschung der Hypothek besteht sonach darin, daß ohne seine Vorlage in der Regel die Löschung der Hypothek nicht vorgenommen werden kann.[122])[123]) Der Antragsteller

[120]) Fraglich kann es hier sein, ob das Zwischenstadium der Grundschuld auf dem alten Hypothekenbriefe ausgeführt oder nur historisch berührt oder überhaupt übergangen werden soll; die nähere Regelung wird Sache der Ausführungsvorschriften sein; nur soviel ist zu sagen, daß es für den neuen Gläubiger vollständig gleichgültig ist, ob die Umänderung in eine Grundschuld auf dem bisherigen Briefe auch äußerlich ersichtlich wird.

[121]) Eine Ausnahme findet sich bei der Gesammthypothek, wo die Hypothek kraft Gesetzes erlischt (§§ 1173 Abs. 1, 1174 Abs. 1, 1181 Abs. 2). Eine weitere Ausnahme bildet der Zuschlag im Zwangsversteigerungsverfahren. (§ 91 R.Z.V.G., § 1181.)

[122]) Eine Ausnahme bilden die bei der Zwangsversteigerung durch den Zuschlag erloschenen Hypotheken, wo eine Vorlage des Briefes nicht nöthig ist und die Löschung von Amtswegen geschieht (R.Z.V.G. § 131 Abs. 2).

[123]) Es braucht aber bloß der Hypothekenbrief, nicht auch die mit demselben verbundene Schuldurkunde vorgelegt zu werden; ist die letztere abgetrennt worden oder sonst verloren gegangen, so hindert dies die Löschung nicht.

braucht nicht wie im preußischen Recht der Eigenthümer zu sein, auch der Gläubiger kann die Löschung beantragen. Dieser aber bedarf zu seinem Antrage außer der Vorlegung des Briefes und der Uebertragungsurkunden des § 1155 auch der Zustimmung des Eigenthümers, damit die Löschung vollzogen werden kann. (G.O. § 27.)[124] Beantragt der Eigenthümer selbst die Löschung der Hypothek, so muß er außer dem Hypothekenbriefe und den Uebertragungsurkunden des § 1155 noch Quittung, bezw. Umschreibungs- oder Löschungsbewilligung des letzten Gläubigers vorlegen. Dieselben müssen den Erfordernissen des G.O. § 29 entsprechen.[125][126]

[124]) Gleichgültig ist es, ob es sich um Aufhebung der Hypothek durch Rechtsgeschäft (§§ 1183, 1198) oder um Berichtigung des Grundbuches handelt. Im letzteren Falle würde nach G.O. § 22 an sich der Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs genügen. Nachdem aber der Grundbuchrichter aus dem ihm vorgelegten Löschungsantrag in der Regel nicht ersehen kann, um was es sich handelt, außerdem der Eigenthümer ein Recht darauf hat, daß ihm die Hypothek beim Erlöschen der Forderung zufällt (§ 1163 Abs. 1) und so jede Löschung der Hypothek wegen Nichtbestehens oder Erlöschens der persönlichen Forderung (vergl. auch § 1168) ohne Willen des Eigenthümers einen Eingriff in dessen Rechte bedeuten würde, hat G.O. § 27 bestimmt, daß eine Hypothek nur mit Zustimmung des Eigenthümers des Grundstückes gelöscht werden dürfe. (Nach Lage des Falles kann die Zustimmung auch durch Urtheil ersetzt werden, vergl. z. B. § 1179. Die Löschung erfolgt dann, wenn der obsiegende Theil unter Ueberreichung einer vollstreckbaren Ausfertigung des Urtheils und Vorlegung des Briefes um Löschung nachsucht). Es kann also wohl der Gläubiger einseitig auf die Hypothek verzichten — dann steht dieselbe dem Eigenthümer zu § 1168 — sie aber einseitig zur Löschung zu bringen und sie so aufzuheben, vermag er nicht.

[125]) In jeder Quittung ist zugleich eine Umschreibungs- oder Löschungsbewilligung zu sehen. Diese Erklärungen des Gläubigers können nöthigenfalls durch Urtheil ersetzt werden, doch tritt das Urtheil nur an Stelle der Willenserklärungen, das Erforderniß der Vorlage des Briefes und der Uebertragungsurkunden des § 1155 bleibt daneben bestehen und es müssen diese eventuell durch den Gerichtsvollzieher dem Gläubiger weggenommen werden.

[126]) Beantragt der Eigenthümer unter Vorlegung des Hypothekenbriefes Löschung der Hypothek mit der Erklärung, daß der Brief überhaupt nicht dem Gläubiger ausgehändigt worden sei, weil z. B. die Forderung nicht entstanden sei, so bedarf es zur Löschung der Hypothek zwar nicht einer Quittung des Gläubigers, wohl aber dessen Löschungsbewilliung oder einer sonstigen diesbezüglichen Erklärung des Gläubigers, da der Grundbuchrichter die Angaben des Eigenthümers nicht zu kontrolliren vermag. Vergl. auch § 894.

b) Ersatz des Briefes. Ist der Hypothekenbrief verloren gegangen oder vernichtet, so genügt zur Löschung der Hypothek statt der Vorlegung des Briefes auch Vorlage eines Urtheils, worin derselbe für kraftlos erklärt wird. Fehlt also der Hypothekenbrief, so muß das Aufgebotsverfahren eingeleitet werden, die Löschung kann erst dann geschehen, wenn eine vollstreckbare Ausfertigung des Ausschlußurtheils vorgelegt wird. Das Gleiche gilt auch dann, wenn der Gläubiger unbekannt ist und auf dem Wege der §§ 1170, 1171 mit seinem Rechte ausgeschlossen wird; durch Vorlage des Ausschlußurtheils kann hier der Eigenthümer Löschung der Hypothek herbeiführen.[127])

c) Behandlung des Hypothekenbriefes. Ist einmal die Hypothek gelöscht, so ist der Brief werthlos. Auch in der Hand eines gutgläubigen Dritten vermag er nichts, denn sein Inhalt kann gegenüber dem des Grundbuches, da keine Unrichtigkeit des letzteren in Frage steht, eine rechtliche Wirkung nicht äußern. Zur Verhütung etwaiger Mißbräuche aber, die mit einem so ungültig gewordenen Hypothekenbriefe getrieben werden könnten, erschien es geboten, die Ungültigkeit des Briefes in augenfälliger Weise erkennbar zu machen. Daher schreibt G.O. § 69 vor, daß der Brief über eine gelöschte Hypothek unbrauchbar zu machen sei. Ob dann der Brief vom Grundbuchamte aufbewahrt oder zurückgegeben werden soll, darüber ist die Bestimmung den Landesgesetzen überlassen.[128])[129])

Die mit dem Briefe verbundene Schuldurkunde theilt dessen Schicksal jedoch nicht; denn sie kann, selbst wenn die Hypothek gelöscht ist, für den Eigenthümer oder den Antragsteller noch immer von Werth sein, z. B. wegen etwaiger Regreßansprüche. Es wird deshalb die Schuldurkunde gemäß G.O. § 69 abgetrennt und dem Antragsteller zurückgegeben.

---

[127]) Es ist hier nicht etwa wie im preußischen Recht, wo die Hypothek ohne Vorlegung des Briefes gelöscht wurde, da der Gläubiger durch Hinterlegung des Baarbetrages unter Verzicht auf das Rücknahmerecht als befriedigt gilt. (Vergl. G.O. § 42 Abs. 2.)

[128]) Wird aber die Unbrauchbarmachung des Briefes aus Versehen unterlassen, so hat dies natürlich auf die Tilgung der Hypothek durch die Löschung keinen Einfluß.

[129]) Bei theilweiser Löschung erfolgt nicht Unbrauchbarmachung des Briefes, sondern nur Vermerk der Theillöschung auf demselben.

VII. Kraftloserklärung des Briefes im Aufgebotsverfahren und Erneuerung des Briefes.

§ 20.

a) Aufgebot. Der Hypothekenbrief kann in zweifacher Weise im Wege des Aufgebots für kraftlos erklärt werden, indem entweder er selbst oder die Hypothek, für welche er ausgestellt ist, den Gegenstand des Aufgebotsverfahrens bildet.

α) Aufgebot des Hypothekenbriefes. Ist der Hypothekenbrief abhanden gekommen oder vernichtet, so kann er im Wege des Aufgebotsverfahrens für kraftlos erklärt werden (§ 1162.) Zur Nachsuchung des Aufgebots ist der Gläubiger bezw. der jeweilige Inhaber der Hypothek als Eigenthümer des Hypothekenbriefes berechtigt. Das Verfahren richtet sich nach den Vorschriften der R.C.P.O. über Aufgebot von Urkunden. Zuständig ist ausschließlich das Gericht der belegenen Sache. Zur Begründung des Antrags hat der Gläubiger

1. entweder eine Abschrift des Hypothekenbriefes beizubringen oder den wesentlichen Inhalt desselben und alles anzugeben, was zur vollständigen Erkennbarkeit desselben erforderlich ist,

2. den Verlust des Briefes sowie diejenigen Thatsachen glaubhaft zu machen, von welchen seine Berechtigung, das Aufgebotsverfahren zu beantragen, abhängt (also Glaubhaftmachung, daß er der wirklich berechtigte Inhaber der Hypothek und des Briefes ist),

3. sich zur eidlichen Versicherung der Wahrheit seiner Angaben zu erbieten (§§ 839, 840 R.C.P.O.). Ueber das weitere Verfahren vergl. §§ 841, 842, 847, 848, 850 R.C.P.O. Im Ausschlußurtheil wird sodann der Brief für kraftlos erklärt. Durch dasselbe wird zugleich auch dem das Aufgebot betreibenden Gläubiger das Recht beigelegt, für sich Ertheilung eines neuen Briefes zu verlangen. Das Ausschlußurtheil ersetzt endlich auch die etwa mit verloren gegangenen Uebertragungsurkunden, indem durch dasselbe die Legitimation des das Verfahren Betreibenden als Gläubiger festgestellt wird. Es braucht sich deshalb der Gläubiger außer der Vorlage des Urtheiles bezw. des auf Grund dieses Urtheils hergestellten neuen Briefes nicht noch weiter durch Vorlage früherer Abtretungserklärungen u. s. w. zu legitimiren; danach bestimmen sich die Erfordernisse bei etwaigen Eintragungen und Uebertragungen.

Während des Aufgebotsverfahrens ändert sich bezüglich des Eigenthums am Briefe nichts; der Gläubiger kann daher Herausgabe des alten Briefes verlangen, wo er ihn gerade findet, mit der einen Ausnahme, daß ein gutgläubiger gemäß § 1155 legitimirter Erwerber geschützt ist (§ 892). Dies ändert sich aber sofort mit Erlaß des Ausschlußurtheils. Der alte Hypothekenbrief wird kraftlos und er kann, falls er wieder zum Vorschein kommen sollte, die Erwerbung der Hypothek fortan unter keinen Umständen mehr vermitteln. Denn wollte man der zur Uebertragung der Hypothek erfolgten Uebergabe eines für kraftlos erklärten Briefes an einen gutgläubigen Dritten um des öffentlichen Glaubens des Grundbuches willen rechtliche Wirkung beimessen, so würde man die Kraft des Ausschlußurtheils ganz gegen Zweck und Inhalt desselben abschwächen und die Ertheilung eines neuen Hypothekenbriefes zu einer sehr gefährlichen Einrichtung machen.[130])

β) Aufgebot der Briefhypothek. In den Fällen der §§ 1170, 1171 kann auch die Hypothek als solche Gegenstand des Aufgebotsverfahrens sein. Voraussetzung ist hierbei, daß der Gläubiger unbekannt ist. Unbekannt ist der Gläubiger auch, wenn er sein Verfügungsrecht nicht nachzuweisen vermag (arg. M. 739).

Nach § 1170 kann der Gläubiger ausgeschlossen werden, wenn seit der letzten, sich auf die Hypothek beziehenden Eintragung in das Grundbuch 10 Jahre verstrichen sind und das Recht des Gläubigers vom Eigenthümer nicht innerhalb dieser Zeit durch Zinszahlung, Sicherheitsleistung oder in anderer zur Unterbrechung der Verjährung geeigneter Weise anerkannt worden ist. Eine Behauptung, daß die Forderung erloschen sei, ist entgegen dem § 1103 des 1. Entw. nicht nöthig.

Nach § 1171 aber kann der Gläubiger ausgeschlossen werden, wenn der Eigenthümer zur Befriedigung des Gläubigers oder Kündigung berechtigt ist und den Betrag der Forderung für den Gläubiger unter Verzicht auf das Recht der Zurücknahme hinterlegt.

---

[130]) Anders liegt die Sache freilich, wenn das Ausschlußurtheil angefochten und in Folge dessen aufgehoben wird. In einem solchen Falle hat der Inhaber des neuen Briefes nach Maßgabe der §§ 894, 896 die Urkunde zurückzugeben und die zur Berichtigung des Grundbuches erforderlichen Erklärungen abzugeben (M. 763).

In beiden Fällen erfolgt das Aufgebot der Hypothek nach den näheren Bestimmungen der R.C.P.O. §§ 836x—836cc. Zuständig ist das Gericht der belegenen Sache, Antragsberechtigter ist der Eigenthümer des belasteten Grundstücks. Derselbe hat glaubhaft zu machen, daß der Gläubiger unbekannt ist; im Falle des § 1170 muß er außerdem glaubhaft machen, daß eine das Aufgebot ausschließende Anerkennung des Gläubigerrechts nicht erfolgt ist, im Falle des § 1171 muß er sich vor Einleitung des Verfahrens zur Hinterlegung des dem Gläubiger gebührenden Betrages erbieten; das Ausschlußurtheil ergeht hier erst, wenn die Hinterlegung erfolgt ist.

Mit Erlaß des Ausschlußurtheils steht nach § 1170 die Hypothek dem Eigenthümer zu, nach § 1171 gilt mit Erlaß des Urtheils der Gläubiger als befriedigt, soweit nicht nach den Vorschriften über Hinterlegung schon vorher die Befriedigung eingetreten ist. Die Folgen der letzteren Fiktion ergeben sich aus §§ 1143, 1163, d. h. war der Eigenthümer nicht zugleich der persönliche Schuldner, so steht ihm sowohl die Hypothek als auch die Forderung zu, sonst erwirbt er lediglich die Hypothek (als Grundschuld).

Mit Erlaß des Ausschlußurtheils wird auch der dem Gläubiger ertheilte Hypothekenbrief kraftlos. Von einem besonderen Aufgebot des Hypothekenbriefes wurde in den Fällen der §§ 1170, 1171 abgesehen, da es nur eine zwecklose Weiterung gewesen wäre und dritten Personen durch ein besonderes Aufgebot ein wirksamerer Schutz gegen Täuschungen durch die kraftlos gewordene Urkunde doch nicht gewährt worden wäre. (M. 763 i. f.)

b) Erneuerung des Briefes. Ist der Hypothekenbrief durch das Ausschlußurtheil für kraftlos erklärt, so kann der Gläubiger bezw. der Eigenthümer auf Grund des Ausschlußurtheils Ausstellung eines neuen Briefes verlangen. Das Grundbuchamt hat, sobald ein Antrag auf irgend eine Eintragung gemäß G.O. § 42 Abs. 2 — ausgenommen Löschung oder Ausschließung des Briefes — gestellt wird, von Amtswegen den Brief neu auszustellen. (System der Briefhypothek.)[131]

---

[131]) Eine solche Neubildung ist der Natur der Sache nach nothwendig, sobald der Gläubiger oder Eigenthümer eine Verfügung über die Hypothek (abgesehen von § 42 G.O. Abs. 2 Satz 2) treffen will. Wird diese Verfügung in das Grundbuch eingetragen, so ist hierzu nicht Vorlegung des schon ausgestellten Briefes nöthig, sondern es genügt, daß die Eintragung unter Vor-

Der Brief wird dann nach der gegenwärtigen Lage des Grundbuches gebildet (vergl. hierzu M. zu G.O. § 67 und oben § 12a i. f.)[132]) Im Falle des § 1162 sind auch die Privatvermerke, welche nach den §§ 1140, 1145, 1157 für das Rechtsverhältniß zwischen dem Gläubiger und dem Eigenthümer in Betracht kommen und durch das Aufgebotsverfahren (z. B. durch § 840 Ziff. 1 R.C.P.O.) zur Kenntniß des Gerichts gelangt sind, auf den neuen Brief zu übertragen.

Der neue Brief muß auch die Angabe enthalten, daß er an die Stelle des bisherigen Briefes getreten ist. Außerdem ist die Ertheilung des neuen Briefes im Grundbuche zu vermerken. Nicht dagegen ist es erforderlich, den Grund der Neubildung des Briefes auf diesem anzugeben, z. B. durch Aufnahme der mit der Bescheinigung der Rechtskraft versehenen Formel des Erkenntnisses. (Vergl. M. zu G.O. I § 64.)[133])

VIII. Rechtliche Natur des Hypothekenbriefes.

§ 21.

a) Funktionen des Briefes. Die rechtliche Natur des Hypothekenbriefes ergiebt sich aus der Art und Weise, wie dieses Institut im B. G.B. seine Regelung gefunden hat und zwar liegt die Besonderheit dieser Regelung einerseits in der engen Verknüpfung des Rechtes am

---

legung des Ausschlußurtheils und gleichzeitigem Antrag auf Erneuerung des Briefes beantragt wird. Soll aber die Ertheilung des Briefes nachträglich ausgeschlossen oder die Hypothek gelöscht werden, so bedarf es der Erneuerung des Hypothekenbriefes überhaupt nicht. (G.O. § 42.)

[132]) Also bei §§ 1170, 1171 mit 1163 Abs. 1 Satz 2 als Grundschuldbrief. Die nähere Regelung obliegt den Ausführungsvorschriften, insbesondere die Frage, ob zuerst das Grundbuch auf Grund des Ausschlußurtheils berichtigt werden soll und dann erst der Hypothekenbrief gebildet wird, oder eine Berichtigung des Buches überhaupt nicht erfolgt; doch scheint G.O. § 68 Abs. 3 auf ersteren Weg hinzuweisen.

[133]) Die mit dem Briefe verbundene und gleichfalls verloren gegangene Schuldurkunde wird als solche vom Aufgebotsverfahren nicht betroffen; denn § 1162 regelt nur das Aufgebot der Urkunde über das Hypothekenrecht. Andererseits findet ein besonderes Aufgebot der Schuldurkunden nicht statt (arg. § 823 Abs. 1 R.C.P.O.). Wird also der Brief erneuert, so kann die Schuldurkunde nur dann mit erneuert werden, wenn die mit dem alten Briefe verbundene Urkunde nur ein Auszug oder eine Ausfertigung der Schuldurkunde gewesen ist; doch dürfte ein öffentlich beglaubigtes Schuldanerkenntniß an Stelle der Schuldurkunde treten können. Dabei ist Identität des Schuldgrundes nöthig. Vergl. Achilles, G.O. § 130.

Hypothekenbriefe mit dem Rechte an der Hypothek und der Forderung, andererseits in den engen Beziehungen zwischen Brief und Grundbuch.

α) Forderung, Hypothek und Brief. Das Recht aus der Hypothek und das Recht am Briefe sind untrennbar mit einander verbunden; wem die Hypothek zusteht, dem gehört auch der Brief.[184]) Bezüglich des Verhältnisses zwischen der Forderung auf der einen, der Hypothek und dem Briefe auf der anderen Seite[185]) kann gesagt werden: „Solange die Forderung besteht, sind Forderung, Hypothek und Brief unzertrennlich mit einander verbunden (abgesehen von § 1163 Abs. 2, § 1168), ist die Forderung aber erloschen, so bleibt wenigstens das Verhältniß zwischen Hypothek und Brief noch bestehen. Als der äußere Träger dieser Verbindung erscheint der Hypothekenbrief (vergl. G.O. § 58, wonach auch die Urkunde über die persönliche Schuld mit dem Briefe verbunden wird). Die Rolle, die er dabei spielt, ergiebt sich aus dem jeweiligen Stadium des Rechtsverhältnisses.

1. Begründung des hypothekarischen Rechtes. Die Hypothek entsteht zwar bereits durch die Eintragung im Grundbuche, aber nur für den Eigenthümer; der Gläubiger, der möglicherweise schon eine persönliche Forderung haben kann, erwirbt die Hypothek erst mit Uebergabe des Briefes; also der Brief vermittelt den Erwerb der Hypothek durch den Gläubiger und so die Vereinigung von persönlicher Forderung und dinglicher Pfandhaftung.

2. Uebertragung. Die Uebertragung von Forderung und Hypothek geschieht gleichfalls durch Vermittelung des Briefes, indem zum Uebergang des Rechtes Uebergabe des Briefes erforderlich ist und der Cessionar

---

[184]) § 952; was hier vom Gläubiger gesagt ist, muß schlechtweg vom Inhaber der Hypothek, auch wenn er die Forderung nicht mit erworben hat, gelten.

[185]) Das B.G.B. unterscheidet hier nach der Gläubiger- und Schuldnerseite hin. Nach der letzteren hin trennt es die persönliche Forderung scharf von der dinglichen Haftung und betrachtet es als Normalfall, daß der Eigenthümer und der persönliche Schuldner der Person nach auseinanderfallen, nach der Gläubigerseite hin dagegen, die hier zunächst in Betracht kommt, sucht das B.G.B. die strengste Verbindung zwischen Forderung und Hypothek mit Brief herzustellen durch die Bestimmung, daß die Hypothek nicht ohne die Forderung, die Forderung nicht ohne die Hypothek übertragen werden kann (§ 1153), sodaß der dinglich Berechtigte und der persönliche Gläubiger unmöglich auseinanderfallen können.

Forderung und Hypothek erst erwirbt, wenn ihm der Brief übergeben wird.[136])

3. Geltendmachung der Gläubigerrechte. Sucht der Gläubiger seine Befriedigung, so muß er bei Geltendmachung der persönlichen Forderung in der Regel,[137]) bei Geltendmachung der Hypothek immer den Brief vorlegen und diesen dem ihn Befriedigenden aushändigen. (§§ 1144, 1167, vergl. oben § 16.) Denn meistens liegt das Rechtsverhältniß so, daß der Befriedigende die Hypothek, sei es nun mit oder ohne die persönliche Forderung, erwirbt[138]) oder wenigstens ein rechtliches Interesse an der Berichtigung des Grundbuches hat. Es ist also auch hier das Prinzip der Unzertrennlichkeit von Forderung, Hypothek und Brief, bezw. soweit die Forderung durch die Befriedigung erlischt, von Hypothek und Brief gewahrt.[139])

4. Beendigung des Rechtsverhältnisses. Soll endlich die Hypothek gelöscht werden, so ist gleichfalls der Brief von Nöthen, da ohne Vorlage desselben in der Regel die Löschung vom Grundbuchamte nicht vollzogen werden darf. Nach geschehener Löschung wird der Brief unbrauchbar gemacht.

---

[136]) Doch tritt hier neben die Uebergabe des Briefes als weiteres Erforderniß eine schriftliche Abtretungserklärung, sodaß nicht bloßer Besitz des Briefes für den Rechtsübergang entscheidend ist, sondern legitimirter Besitz (§ 1154).

[137]) Macht er die persönliche Forderung geltend, so braucht er an sich den Brief nicht. Doch ist hier durch § 1167 eine derartige Ausnahme geschaffen, daß praktisch in den meisten Fällen doch Uebergabe des Briefes nöthig sein wird. Vergl. § 15b.

[138]) Allerdings hat hier die Uebergabe des Briefes nicht die hohe Bedeutung, wie bei der gewöhnlichen Uebertragung von Forderung und Hypothek, weil sich der Rechtsübergang nicht an die Uebergabe des Briefes knüpft, sondern kraft Gesetzes eintritt, doch ist auch hier der Besitz des Briefes von größter Wichtigkeit wegen der Möglichkeit, daß die erloschene Forderung zu Gunsten eines gutgläubigen dritten Erwerbers des Briefes noch als bestehend fingirt wird.

[139]) Der Umstand, daß der Brief auch dem ausgehändigt werden muß, welcher, ohne die Hypothek zu erwerben, nur ein rechtliches Interesse an der Grundbuchberichtigung hat, bildet allerdings eine Ausnahme von dem genannten Prinzip, aber nur eine zeitweilige; denn wird die Berichtigung unterlassen, so kann der Eigenthümer, dem nach § 1163 Abs. 1 Satz 2 die Hypothek zusteht, den Briefbesitzer zur Vornahme zwingen. Vergl. § 16.

Es verwirklicht sich sonach die Bestellung der Hypothek für den Gläubiger erst mit der Hingabe des Briefes, es geht der weitere Verkehr von Forderung und Hypothek mit dem Besitz des Briefes Hand in Hand, so daß jede Einräumung eines Rechtes an der Hypothek gleichzeitig im Uebergang des Briefes zur äußeren Erscheinung gelangt. So ist die Uebertragung von Forderung und Hypothek an die Uebergabe des Briefes geknüpft, die Geltendmachung der Gläubigerrechte durch den Besitz des Briefes bedingt; bei der Befriedigung des Gläubigers geht der Brief mit dem Rechte auf den neuen Erwerber über und endlich ist auch zur Löschung der Brief ein nothwendiges Erforderniß.

β) Brief und Buch. Bei alledem funktionirt der Hypothekenbrief aber nicht vollkommen selbständig, sondern neben ihm steht noch das Grundbuch. Durch die Eintragung in das Grundbuch entsteht, durch die Löschung im Grundbuch erlischt das hypothekarische Recht, nicht etwa mit der Ausstellung oder dem Untergange des Hypothekenbriefes. Der Brief hat nur den Zweck, den Verkehr mit dem eingetragenen Rechte zu vermitteln. Dies thut er allerdings mit einer gewissen Selbständigkeit, so daß man den Brief im Gegensatze zum Eigenthumseintrag, für welchen sich alle Lebensschicksale nur im Grundbuche vollziehen können, gewissermassen als einen aus dem Grundbuche losgelösten, beweglich gemachten Eintrag bezeichnen kann. Dabei bleibt der Brief aber doch gerade im wichtigsten Punkt, nämlich was den Bestand und Umfang des eingetragenen Rechtes betrifft, an das Grundbuch gebunden. Der Grundbuchinhalt, nicht der Briefinhalt (abgesehen von § 1140), ist maßgebend für das Recht, welches wirklich besteht und nach dem Grundbuchinhalte, nicht nach dem Inhalte des Hypothekenbriefes bemißt sich der Schutz des Rechtserwerbers. (§ 892.) Letzterem gegenüber erscheint in dieser Hinsicht der Brief nur als ein Zeugniß darüber, was das Grundbuch über das betreffende Recht alles enthält, als ein Zeugniß, auf das er sich im Allgemeinen zwar verlassen darf, weil es mit dem Grundbuch in strengster Uebereinstimmung zu halten gesucht wird (G.O. § 62; vergl. § 12a), dem er aber doch nicht voll und ganz vertrauen darf, weil eine Eintragung, die gerade den rechtlichen Bestand der Hypothek betrifft, auch ohne gleichzeitigen Vermerk auf dem Briefe im Grundbuche erfolgen kann. (Vergl. G.O. § 42 Satz 2.)

b) Rechtliche Natur des Briefes. Aus dem sub a Gesagten lassen sich für die rechtliche Natur des Hypothekenbriefes folgende Schlüsse ziehen:

α) Der Brief ist eine Beweisurkunde, er ist ein amtliches Zeugniß darüber, daß das Grundbuch diejenigen Nachrichten enthält, welche in den Brief aufgenommen sind. Als Beweisurkunde hat er die Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde, was z. B. für die Geltendmachung des Rechtes im Urkundenprozeß von Bedeutung ist.

β) Der Brief ist aber mehr als ein bloßes Beweismittel, daß das hypothekarische Recht entstanden ist, er erscheint gewissermaßen als Verkörperung des Hypothekenrechtes, zwar nicht in dem eminenten Sinne, daß dasselbe außerhalb des Briefes keine rechtliche Existenz hätte, wohl aber in dem Sinne, daß der Brief das körperliche Werkzeug ist, vermittels dessen das hypothekarische Recht vom Gläubiger erworben, übertragen und geltend gemacht wird und das mit dem Untergange des Rechtes (durch Löschung) gleichzeitig unbrauchbar gemacht wird.

γ) Als Träger des hypothekarischen Rechtes ist der Brief auch ein Werthpapier. Er ist aber kein Inhaberpapier, denn er muß auf den Namen des Gläubigers lauten, ebensowenig ist er ein Ordrepapier, denn er bezw. das Recht aus ihm wird nicht durch Indossament, sondern durch Cession übertragen.[140]) Gleichwohl eignet sich der

[140]) Der Hypothekenbrief hat sehr große Aehnlichkeit mit einem Ordrepapier, insbesondere einem Wechsel. Das Wechselrecht aber kommt in und mit dem Wechsel zur Entstehung, die Hypothek dagegen entsteht durch die Eintragung in das Grundbuch, nicht mit Ertheilung des Hypothekenbriefes. Der Hypothekenbrief ist also nicht wie der Wechsel Form der Willenserklärung, welche die Verpflichtung begründet, sondern nur ein Zeugniß darüber, daß die Momente, an welche das Gesetz die Entstehung der Hypothek geknüpft hat, nach dem Inhalte des Grundbuches gegeben sind. Nur in diesem Sinne verkörpert sich das Recht aus der Hypothek im Briefe; es ist also auch ein Unterschied in der Art und Weise, wie Hypothekenbrief und Wechsel Träger des in ihnen beurkundeten Rechtes sind.

Der Wechsel ist ferner im Gebiete des persönlichen Verkehrs der Ausdruck einer sogenannten cautio indiscreta, welche nur im Verpflichtungswillen des Ausstellers ihren Grund hat, also vom unterliegenden Schuldverhältniß losgelöst ist. Dieser Funktion des Wechsels nähert sich für das Gebiet des Realverkehrs wohl der Grundschuldbrief, nicht aber der Hypothekenbrief, was am deutlichsten daraus ersichtlich wird, daß der Hypothekenbrief mit der Urkunde über die persönliche Schuld verbunden werden soll.

Ein weiterer fundamentaler Unterschied zwischen Wechsel und Hypothekenbrief ergiebt sich endlich daraus, daß zum Uebergange des Rechtes bei ersterem das Indossament, bei letzterem die Cessionserklärung gehört. (Vergl. Anm. 44.)

Hypothekenbrief, als Waare in den Verkehr zu kommen, weil der dritte Erwerber durch die Gestaltung des Schutzes des gutgläubigen Erwerbers gegen Einwendungen aus dem ursprünglich unterliegenden Rechtsverhältniß und durch die singuläre Behandlung der Cession gegen Einwendungen aus der Person des Vormannes geschützt ist. Der Brief ist also ein Werthpapier, doch nicht in dem Sinne, daß der Besitz des Papieres den Besitzer zum Gläubiger machte, sondern in dem Sinne, daß ohne den Besitz der Urkunde das durch dieselbe verbriefte Recht in seinen wichtigsten Funktionen nicht ausgeübt werden kann.

d) Das sub α—γ Gesagte erschöpft jedoch das Wesen des Briefes nicht vollständig, sondern zeigt nur einzelne Richtungen an, nach welchen der Brief hervortritt. Das Hauptmoment beim Hypothekenbriefe liegt vielmehr in seinen rechtlichen Beziehungen zum Grundbuch. Er ist der Träger eines im Grundbuche eingetragenen Rechtes und sein Besitz ist nothwendig, um dieses im Grundbuche eingetragene Recht ausüben zu können. Er ist sonach in der Hauptsache ein Legitimationspapier, indem derjenige, welcher den Brief ordnungsmäßig besitzt, berechtigt ist, über die Post, so wie sie sich im Grundbuche darstellt, nach ihrem vollen Umfange zu verfügen. (Vergl. Meibom § 19, Achilles E.E.G. § 20, G.O. § 122.)

C. Anhang.

§ 22.

1. Der Theilhypothekenbrief.

a) Nothwendigkeit und Fälle. Die Bildung eines Theilhypothekenbriefes kann hauptsächlich in drei Fällen nothwendig werden; es ist möglich, daß die mehreren Gläubiger die Forderung unter sich theilen oder daß der eine Gläubiger durch Vertrag einen Theil seiner Forderung überträgt oder endlich, daß der Gläubiger für einen Theil seiner Forderung befriedigt wird. Dabei hat der Theilhypothekenbrief eine doppelte Funktion: Er soll dem Erwerber der Theilpost die selbständige Verfügung über dieselbe ermöglichen und zugleich eine wiederholte Verfügung des alten Gläubigers über den abgetrennten Theil unmöglich machen.

α) Theilung der Forderung unter die mehreren Gläubiger. Sind von vornherein mehrere Gläubiger vorhanden oder sind dieselben erst

später, z. B. durch Erbgang, entstanden, so besteht zunächst Gemeinschaft an der Forderung und damit auch an der Hypothek und dem Briefe.[141]) Jeder der Theilhaber aber hat gegen die übrigen, wenn nichts anderes bestimmt ist, einen Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft. (§§ 749, 2042.)

Diese Aufhebung kann nur mit Hülfe der Bildung von Theilhypotheken vor sich gehen, entweder so, daß der Stammhypothekenbrief vollständig beseitigt und für jeden neuen Theil ein neuer Brief hergestellt wird, oder daß für einen der neuen Theile der alte Brief selbst mit entsprechendem Abzweigungsvermerk als Brief fungirt.[142])

β) Theilweise Uebertragung der Forderung. Möglich ist es auch, daß der Gläubiger nur einen Theil der Forderung und damit auch nur einen Theil der Hypothek auf einen Dritten übertragen will. Nachdem das Gesetz die Abtretung der Hypothekenforderung von der Uebergabe des Briefes abhängig macht, die Beschränkung der Abtretung für einen Theil der Forderung aber nicht ausschließt, so muß es die Bildung eines Theilhypothekenbriefes gestatten, weil sonst die Theilabtretung nur mittels Uebergabe des über die ganze Post gebildeten Briefes vollzogen werden könnte, was jedoch zu Unzuträglichkeiten führen würde. (M. 761.) Dabei kann der Gläubiger den Theilhypothekenbrief entweder auf seine Person ausstellen lassen und dann vollzieht sich die

[141]) Will der einzelne Gläubiger seinen Antheil an der gemeinschaftlichen Forderung und Hypothek als solchen cediren, so bedarf er hierzu nicht nothwendiger Weise eines Theilhypothekenbriefes, sondern lediglich einer entsprechenden schriftlichen Abtretungserklärung und Uebertragung seines Mitbesitzes am Hypothekenbriefe. Dagegen über die Hypothek als Ganzes, wozu auch die Aufhebung der Gemeinschaft gehört, darf er nur gemeinschaftlich mit den Mitgläubigern verfügen (§§ 747, 2033). Bei Erbgang ist eine Verfügung über den Antheil an der gemeinschaftlichen Hypothek erst nach erfolgter Auseinandersetzung möglich, sofern nicht zugleich eine Verfügung über den ganzen Antheil am Nachlasse getroffen wird. (§ 2033 Abs. 2.)

[142]) So lange keine besonderen Bestimmungen getroffen sind, haben die einzelnen Theilhypotheken unter sich gleichen Rang. Gegenüber einer derartigen Bildung von Theilhypothekenbriefen oder einer etwaigen Rangänderung unter den einzelnen Theilhypotheken bedarf es der Zustimmung des Eigenthümers nicht (§§ 1151, 1152). Denn nachdem der Eigenthümer sich die Theilung (wie sie z. B. durch Erbgang eintritt) der Hypothekenforderung gefallen lassen muß, kann er auch zu einem Widerspruch gegen die Behandlung jedes einzelnen Theiles als einer von den anderen Theilen unabhängigen Post und deshalb auch nicht gegen die Bildung von Theilhypothekenbriefen berechtigt sein. Vergl. M. 761.

Abtretung der Theilpost vollständig nach der Regel des § 1154, oder er kann den Theilhypothekenbrief gleich auf die Person seines Theilcessionars ausstellen lassen, wobei die schriftliche Abtretungserklärung naturgemäß durch den Antrag an die den Theilbrief bildende Behörde bezw. Notar ersetzt wird und sich die Abtretung analog § 1117 vollzieht.[143]) In beiden Fällen erwirbt der Dritte erst mit Uebergabe des Theilhypothekenbriefes die Theilpost.[144])

γ) Theilweise Befriedigung. Wird endlich der Gläubiger vom Eigenthümer oder persönlichen Schuldner theilweise befriedigt, so erwerben diese für den betreffenden Theilbetrag die Hypothek, sei es nun mit (§ 1143) oder ohne die Forderung (§§ 1164, 1163 Abs. 2). Der Erwerb erfolgt hier kraft Gesetzes, es bedarf also nicht, wie sub β, der Uebergabe eines Theilhypothekenbriefes. Der Gläubiger aber ist verpflichtet, die theilweise Befriedigung auf dem Briefe zu vermerken (die Zahlung wird also gleichsam auf dem Briefe abgeschrieben) und den Brief entweder zum Zweck der Berichtigung des Grundbuches bezw. zur Löschung dem Grundbuchamt oder zum Zwecke der Herstellung eines Theilhypothekenbriefes (Theilgrundschuldbriefes, § 1177 Abs. 1) für den Eigenthümer bezw. den persönlichen Schuldner der zuständigen Behörde oder dem zuständigen Notare vorzulegen. (§§ 1145, 1167.)[145])[146])[147])

[143]) Auf die Frage, wem der neugebildete Theilhypothekenbrief zunächst auszuhändigen ist, dürften sich die Bestimmungen der G.O. § 60 analog anwenden lassen, also dem alten Gläubiger; vergl. § 7b. Doch ist die nähere Bestimmung hierüber Sache der Ausführungsvorschriften.

[144]) Die einzelnen Theile haben unter sich gleichen Rang, so lange nichts besonderes bestimmt ist; soll der Rang verschieden bemessen sein, so muß dies wenigstens auf den Theilhypothekenbriefen bemerkt werden (wenn es nicht in das Grundbuch eingetragen wird), um gegen die Singularsuccessoren Wirkung zu haben. — Analog wird der Fall behandelt, daß von einem über mehrere Hypotheken ertheilten Hypothekenbriefe (G.O. § 66) eine Post abgetreten wird oder der Gläubiger die ganze Post zu verschiedenen Theilen an verschiedene Personen veräußert.

[145]) Wird der Brief zum Zweck der Löschung dem Grundbuchamte vorgelegt, so wird auf dem Briefe vom Grundbuchamt vermerkt werden, daß für den Theilbetrag die Löschung im Grundbuche stattgefunden habe (G.O. § 62). — Wird der Brief zur Umschreibung vorgelegt, so wird auf dem Stammhypothekenbriefe vermerkt, daß der Theil umgeschrieben sei und demjenigen, auf welchen umgeschrieben wurde, ein Theilhypothekenbrief (Theilgrundschuldbrief) ertheilt. Diese Ertheilung geschieht von Amtswegen, da die Hypothek des B. G.B. eine Briefhypothek ist; es sei denn, daß ein Antrag auf Ausschließung

Vermerkt aber der theilweise befriedigte Gläubiger bloß die Zahlung auf seinem Hypothekenbriefe und unterläßt alle weiteren Schritte, so kann ihn der Eigenthümer oder persönliche Schuldner auf Erfüllung seiner Verpflichtungen aus §§ 1145, 1167 verklagen; geschieht letzteres aber nicht, so entsteht daraus kein Schaden, weil gemäß § 1140 die Zahlung jedem späteren Erwerber der Hypothek entgegengehalten werden kann; nur die Verfügung über die erworbene Theilpost ist dem Eigenthümer bezw. dem persönlichen Schuldner möglich.

b) Herstellung des Theilhypothekenbriefes.

α) Zuständigkeit und Verfahren. Der Theilhypothekenbrief darf als öffentliches Zeugniß nur unter öffentlicher Autorität gebildet werden. Die Zuständigkeit hierfür wurde aber nicht allein dem Grundbuchamte gegeben, sondern im Interesse der Erleichterung des Hypothekenverkehrs wurde sie auch den Gerichten und Notaren beigelegt. (§ 1145, G.O. § 61.) Dabei können die Landesgesetze auch bestimmen, daß nur die Gerichte oder nur die Notare zuständig sein sollen. (Einf. Ges. Art. 141.) Das Verfahren dieser Behörden wird sich nach den landesgesetzlichen Vorschriften, bezw. Vollzugs-Instruktionen richten.[148])

---

des Briefes in der gehörigen Form (§ 1116 Abs. 2, G.O. 29) an das Grundbuchamt gelangt. Aus der Vorschrift des § 1152, daß im Falle einer Theilung der Forderung für jeden Theil ein Theilhypothekenbrief hergestellt werden könne, nicht müsse, darf nicht geschlossen werden, daß es auch bei einer bloßen Umschreibung des Theilbetrages, sofern nicht ausdrücklich ein Buchpfand beantragt ist, sein Bewenden haben könne, das wäre eine Durchbrechung des Prinzips der Briefhypothek, welche durch § 1152 nicht beabsichtigt ist; § 1152 will vielmehr nur die bloß ideelle Theilung der Forderung im Gegensatze zur Realtheilung treffen. – Wird der Brief zur Bildung eines Theilhypothekenbriefes der zuständigen Behörde oder dem zuständigen Notar vorgelegt, so soll gemäß G.O. § 61 die Abzweigung des Theilhypothekenbriefes auf dem alten Briefe vermerkt werden.

[146]) Die Theilhypothek kann hier nicht zum Nachtheil des alten Gläubigers geltend gemacht werden (§§ 1143, 1176). — Analog wird der Fall behandelt, daß der Bürge oder ein nach § 1150 Berechtigter den Gläubiger theilweise befriedigt.

[147]) Daß ein Theilhypothekenbrief hergestellt wurde, braucht im Grundbuche nicht vermerkt zu werden, weil ja auch eine Eintragung der Abzweigung nicht nöthig ist; ist aber im Grundbuche theilweise umgeschrieben worden, so ist eine Eintragung der Bildung des Theilhypothekenbriefes nicht nöthig, weil die Briefhypothek die Regel ist.

[148]) Insbesondere wird es auch den landesrechtlichen Vollzugsvorschriften überlassen bleiben, vorzuschreiben, ob derjenige, welcher Ausstellung eines Theil-

β) Form und Inhalt des Theilhypothekenbriefes. Ein bestimmtes Formular für den Theilhypothekenbrief ist reichsgesetzlich nicht vorgeschrieben, es obliegt demnach den Landesjustizbehörden, hier Bestimmungen zu treffen. Bezüglich des Inhaltes des Theilhypothekenbriefes unterscheidet G.O. § 61 analog wie beim gewöhnlichen Hypothekenbriefe zwischen wesentlichen und nicht wesentlichen Erfordernissen, wie überhaupt der Theilhypothekenbrief dem Hypothekenbriefe nachgebildet ist.

Der Theilhypothekenbrief muß die Bezeichnung Theilhypothekenbrief, sowie eine beglaubigte Abschrift der in G.O. § 56 Satz 2 vorgesehenen Angaben des bisherigen Briefes enthalten, außerdem den Theilbetrag, auf den er sich bezieht, bezeichnen, sowie mit Unterschrift und Siegel versehen sein. (G.O. § 61.)

Nicht wesentliches Erforderniß, sondern durch bloße Ordnungsvorschrift bestimmt ist es, daß der Theilhypothekenbrief eine beglaubigte Abschrift der sonstigen Angaben des bisherigen Briefes und der auf demselben befindlichen Vermerke enthält.[149])[150]) Es ist anzunehmen, daß auch die Uebertragungsurkunden in beglaubigter Abschrift mit dem Theilhypothekenbriefe verbunden oder in diesem wenigstens erwähnt werden sollen, da dieselben eine nothwendige Ergänzung des Stammhypothekenbriefes bilden.[151]) Außerdem soll eine mit dem bisherigen

hypothekenbriefes beantragt, sich gemäß § 1155 legitimiren müsse, oder ob auch einfache schriftliche Abtretungserklärungen genügen. Dabei dürfte als Forderung aufzustellen sein, daß sich der Betreffende gemäß § 1155 legitimiren müsse, denn andernfalls kann der Theilhypothekenbrief nicht die ihm in § 1152 zugetheilte Funktion, für den betreffenden Theilbetrag an die Stelle des ursprünglichen Hypothekenbriefes zu treten, voll erfüllen, da immer noch der Mangel in der Legitimation beseitigt werden müßte, um über die Theilpost nach allen Richtungen verfügen zu können.

[149]) Im § 61 G.O. I war dies als wesentliches Erforderniß vorgeschrieben.

[150]) Eine Abweichung der Abschrift vom Inhalt des Stammhypothekenbriefes oder eine Unvollständigkeit der Abschrift hat natürlich nicht die Folge, daß der Theilhypothekenbrief nichtig wäre; denn die Abschrift ist überhaupt kein wesentliches Erforderniß. Das Gleiche gilt vom Fehlen eines auf dem bisherigen Briefe befindlichen Vermerks.

[151]) Dabei dürfte es den Ausführungsvorschriften überlassen sein, zu bestimmen, ob die sämmtlichen Uebertragungsurkunden ihrem vollen Inhalte nach dem Theilhypothekenbriefe abschriftlich angefügt werden sollen, wobei einer etwaigen Ueberfüllung des Theilhypothekenbriefes durch Eintragung in das Grundbuch begegnet werden könnte, oder ob sie nur vorübergehend (historisch) erwähnt werden sollen.

Briefe verbundene Schuldurkunde in beglaubigter Abschrift mit dem Theilhypothekenbriefe verbunden werden; endlich soll die Herstellung des Theilhypothekenbriefes auf dem bisherigen Briefe vermerkt werden.[152][153])

c) Funktion des Theilhypothekenbriefes. Gemäß § 1152 tritt der Theilhypothekenbrief für den Theil, auf welchen er sich bezieht, an die Stelle des bisherigen Briefes. Es behält sonach der letztere nur mehr für den Rest Gültigkeit, weshalb auch Vermerk der Abzweigung auf ihm vorgeschrieben ist.

Für den Theilhypothekenbrief aber gelten nun entsprechend alle auf den Hypothekenbrief bezüglichen Bestimmungen und er funktionirt gewissermaßen als selbständiger Brief über eine selbständige Hypothek. Doch ist ein gewisser Zusammenhang mit der alten Forderung geblieben, indem dem Inhaber des Theilhypothekenbriefes die nämlichen Einreden, wie dem Inhaber des Stammhypothekenbriefes entgegengesetzt werden können, wenn diese Einreden vor Abzweigung des Theilhypothekenbriefes entstanden sind und der Erwerber des Theilhypothekenbriefes nicht durch die Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuches geschützt ist.

Im übrigen aber ist die Theilpost und mit ihr der Brief unabhängig vom Schicksal der Stammhypothek und des Stammbriefes. Soll also z. B. die Theilpost aus einer Briefhypothek in eine Buchhypothek verwandelt werden, so bedarf es hierzu nur des in Gemäßheit des § 1116 zu schließenden Vertrages und der Eintragung, nicht auch

[152]) Dieser Vermerk war in G.O. I § 61 als ein wesentliches Erforderniß für die Gültigkeit des Hypothekenbriefes in Uebereinstimmung mit der Mehrzahl der zur Zeit geltenden Gesetze aufgestellt. Es sollte dadurch verhindert werden, daß, wenn der Stammbrief ohne solchen Vermerk bliebe, zwei Briefe über dieselbe Hypothek in Verkehr seien. G.O. § 61 hat aber diesen Vermerk auf dem Stammbrief zur bloßen Ordnungsvorschrift gemacht, da dies zur Sicherung des Verkehrs ausreichend erschien und dadurch die Härten vermieden wurden, welche sich nach G.O. I § 61 für den Fall ergeben haben würden, daß der Vermerk aus Versehen unterblieben wäre.

[153]) Endlich soll der Theilhypothekenbrief auch den Namen dessen, für welchen er gefertigt ist, enthalten; es ist zwar ausdrücklich dies nicht hervorgehoben, ist aber selbstverständlich, da der Hypothekenbrief kein Inhaberpapier ist. Der Name wird allerdings bereits im letzten Uebertragungsvermerk erscheinen, doch dürfte es für die Uebersichtlichkeit von Vortheil sein, den Namen mehr hervorzuheben; doch ist die nähere Regelung als Formfrage Sache der Ausführungsvorschriften.

der Zustimmung des Stammbriefinhabers oder der Inhaber der anderen Theilbriefe. (M. 761.) Ebenso genügt zur Einklagung des abgetretenen Theilbetrages die Vorlegung des Theilhypothekenbriefes (mit den Abtretungserklärungen des § 1155 von der Theilung an). Endlich bedarf es zur Eintragung der Theilung, sowie zur Löschung der abgetretenen Post nur der Beibringung des Theilhypothekenbriefes, wenn dabei die Erfordernisse der G.O. §§ 27, 29, 26 (Abtretungserklärungen nur von der Theilung an) erfüllt werden.

Doch ergiebt sich eine Beschränkung des Gebrauchs des Theilhypothekenbriefes in den Fällen der §§ 1143, 1150, 774, 1176, indem der Theilbetrag nicht zum Nachtheil des alten Gläubigers geltend gemacht werden kann. (M. 730.)

2. Der Gesammthypothekenbrief.

§ 23.

a) Ertheilung und Form des Gesammthypothekenbriefes. Sehr häufig wird es vorkommen, daß für ein und dieselbe Forderung (mag dies nun eine gewöhnliche oder selbst wieder eine Gesammtforderung sein) eine Hypothek an mehreren, auf verschiedenen Grundbuchblättern vorgetragenen Grundstücken (eines oder mehrerer Eigenthümer) eingetragen wird.[154])

Eine derartige Haftung mehrerer Grundstücke ist auch von Einfluß auf den Hypothekenbrief. An sich sollte ja für jedes einzelne Grundbuchblatt ein gesonderter Hypothekenbrief ausgestellt werden; die Zusammengehörigkeit dieser Briefe würde sich dann aus ihrem Inhalte durch die Identität der verbrieften Forderung ergeben, außerdem könnte man durch Verbindung dieser verschiedenen Hypothekenbriefe die Einheitlichkeit auch äußerlich zum Ausdruck bringen. So ist das Verhältniß im gegenwärtigen preußischen Rechte geregelt. Die Ausstellung mehrerer Briefe über ein und dieselbe Hypothek aber kann leicht zu betrügerischen Manipulationen führen.

Die neue G.O. schlug daher einen Mittelweg ein, sie unterscheidet danach, ob die Grundstücke im Bezirk ein und desselben Grundbuch-

---

[154]) Dafür, daß die mehrfache Eintragung der Hypothek nicht als Eintragung verschiedener Hypotheken aufgefaßt werden kann, sorgt G.O. § 49 durch die Vorschrift, daß auf dem Blatte eines jeden Grundstückes die Mitbelastung der übrigen von Amtswegen erkennbar zu machen sei.

amtes oder im Bezirke verschiedener Grundbuchämter gelegen sind. Je nachdem ist auch die äußere Form des Briefes verschieden.

α) Gehören die mehreren Grundstücke dem Bezirke des nämlichen Grundbuchamtes an, so soll über die Gesammthypothek nur ein Brief gebildet werden. (G.O. § 59.) Die äußere Abweichung dieses Gesammthypothekenbriefes vom gewöhnlichen Hypothekenbriefe wird dann darin bestehen, daß derselbe statt des einen Grundstückes (bezw. der auf einem Grundbuchblatte vorgetragenen Grundstücke G.O. § 4) deren mehrere bezeichnet und dementsprechend neben den Nummern der verschiedenen Grundbuchblätter verschiedene Grundbuchblätterauszüge enthält.[155]) Auch wenn eine Hypothek nicht von vornherein als Gesammthypothek bestellt wird, sondern für eine bereits hypothekarisch versicherte Forderung nachträglich noch ein im Bezirke desselben Grundbuchamtes gelegenes Grundstück neu verpfändet wird, soll nur ein Brief gebildet werden. Dabei bieten sich zwei Wege. Entweder wird unter Unbrauchbarmachung des bisherigen Briefes ein neuer Brief über die Gesammthypothek ertheilt oder es wird die Mitbelastung auf dem bisherigen Briefe vermerkt und zugleich der Inhalt desselben in Ansehung des später belasteten Grundstückes nach Maßgabe des § 57 G.O. ergänzt. G.O. § 63 stellt es in diesem Falle den Parteien frei, welchen Weg sie einschlagen wollen; da aber die Ertheilung eines neuen Briefes mit höheren Kosten verbunden ist, wird hierzu ein besonderer Antrag erfordert; wird ein solcher nicht gestellt, so ist von Amtswegen der zweite Weg einzuschlagen.

β) Gehören dagegen die Grundstücke zu den Bezirken verschiedener Grundbuchämter, so soll von jedem derselben ein besonderer Hypothekenbrief in Ansehung der zum Bezirk gehörenden Grundstücke ausgestellt werden. (G.O. § 59.) Es entstehen auf diese Weise mehrere Hypothekenbriefe über dieselbe Hypothek (von denen der eine oder andere selbst wieder ein Gesammthypothekenbrief wie sub α sein kann). Wenn nun auch die Zusammengehörigkeit dieser Briefe daraus erhellen würde, daß die Forderung individuell in jedem bezeichnet und der Vermerk der Mitbelastung der anderen Grundstücke (G.O. §§ 49, 57) in jedem enthalten ist, so ist es doch für die Rechtssicherheit wünschenswerth, die Zusammen-

[155]) Dagegen braucht der Hypothekenbrief nicht die Bezeichnung „Gesammthypothekenbrief" zu erhalten; diese Eigenschaft ergiebt sich genügend aus seinem Inhalte.

gehörigkeit auch äußerlich zu dokumentiren und deshalb schreibt § 59 G.O. vor, daß die Briefe miteinander zu verbinden sind. Es haben daher die Grundbuchämter in einem solchen Falle auf dem Wege gegenseitiger Verständigung und Mittheilung der Urkunden für die Verbindung der mehreren Briefe zu sorgen. Die näheren Bestimmungen zur Durchführung der in § 59 gegebenen Ordnungsvorschrift, namentlich in Ansehung der Art und Weise, wie die Briefe mit einander zu verbinden sind (z. B. durch Schnur und Siegel) ist den Landesgesetzen überlassen. In diesem Falle gestaltet sich der Gesammthypothekenbrief äußerlich völlig verschieden von dem Gesammthypothekenbriefe sub α als Verbindung mehrerer gewöhnlicher Hypothekenbriefe.

b) Der Gesammthypothekenbrief als solcher in den verschiedenen Phasen des Rechtsverhältnisses. Das materielle Recht der Gesammthypothek ist auch für das Schicksal des Briefes vielfach von Einfluß.

α) Begründung der Gesammthypothek. Die Rechtsvorgänge bei der Begründung einer Gesammthypothek weichen von denen bei einer einfachen Hypothek nur dann ab, wenn es verschiedene Eigenthümer sind, die ihre Grundstücke verpfänden. Bis zur Aushändigung des Briefes an den Gläubiger steht die Gesammthypothek den Eigenthümern der belasteten Grundstücke gemeinschaftlich zu (§ 1172) und der Hypothekenbrief steht sonach in deren Miteigenthum. Erst mit der Uebergabe des Gesammthypothekenbriefes erwirbt der Gläubiger die Gesammthypothek (§ 1117). Dabei erhebt sich die Frage, wie steht es, wenn derjenige Eigenthümer, welcher den Brief in Verwahrung hat, wider den Willen eines der übrigen Eigenthümer den Brief dem Gläubiger aushändigt? Hier ist zu sagen, daß der Gläubiger, selbst wenn er hiervon Kenntniß hat, gleichwohl die Hypothek mit Recht erwirbt; denn derjenige, welcher der Aushändigung des Briefes widerspricht, ist durch den Hypothekenbestellungsvertrag gebunden, sowohl den übrigen Eigenthümern als dem Gläubiger gegenüber (arg. § 873 Abs. 2).[156])

---

[156]) Gründet sich aber der Widerspruch auf ein Einrederecht, nach welchem der Einzelne Aufhebung des Hypothekenbestellungsvertrages verlangen könnte, so können sich dies die übrigen Eigenthümer nicht zu Nutzen machen (§ 425), wohl aber kann der Betreffende auf dem Wege der §§ 894, 896, 1169 vom Gläubiger verlangen, daß dieser sein Grundstück aus dem Pfandverbande entlasse. Ueber die Rückwirkung auf den Brief vergl. sub β i. f.

β) Ausübung der Gläubigerrechte. Hat der Gläubiger einmal den Gesammthypothekenbrief übergeben erhalten, so funktionirt derselbe in seinen Händen wie ein gewöhnlicher Hypothekenbrief. Dies gilt insbesondere für die Uebertragung des Rechtes durch Uebergabe des Briefes und Vorlegung des Briefes bei Geltendmachung der Gläubigerrechte. Natürlich kann von der Gesammthypothek auch ein Theil abgezweigt werden. Hierüber ist nichts besonderes zu vermerken, so lange der abgezweigte Theil selbst wieder eine Gesammthypothek an sämmtlichen bisherigen Grundstücken ist. Der Gläubiger kann aber gemäß § 1132 die Theilung auch in der Weise vollziehen, daß er den Betrag derart auf die einzelnen Grundstücke vertheilt, daß jedes Grundstück nur für den zugetheilten Betrag haftet.[157]) Eine derartige Theilung vollzieht sich nach den Vorschriften der §§ 875, 876, 878. Die Rückwirkung auf den Hypothekenbrief ist dabei folgende: Der Gesammthypothekenbrief muß mit der Vertheilungserklärung dem Grundbuchamte vorgelegt werden (§ 875, G.O. § 42), welches sodann den Eintrag der Vertheilung im Grundbuche vollzieht. Nachdem nun an die Stelle der bisherigen Gesammthypothek einzelne Rechte getreten sind, kommt dies auch äußerlich zur Erscheinung, indem nicht etwa der bisherige Gesammthypothekenbrief mit einem entsprechenden Vermerk versehen, sondern für die Hypothek an jedem einzelnen Grundstücke (bezw. für die auf einem Grundbuchblatte vorgetragenen Grundstücke) ein besonderer Brief ertheilt wird. Die Benutzung des bisherigen Gesammthypothekenbriefes, auch wenn er in Form des § 59 Abs. 2 G.O. ausgestellt ist, ist sonach unbedingt ausgeschlossen, vielmehr wird der bisherige Brief vom Grundbuchamte unbrauchbar gemacht (G.O. §§ 64, 69).

Der Gläubiger kann endlich das eine oder andere Grundstück gänzlich, ohne seine Befriedigung aus ihm zu suchen, aus dem Pfandverbande entlassen. Es charakterisirt sich dies als Verzicht auf die Hypothek an dem betreffenden Grundstücke und richtet sich nach den Formen des § 1168. Es muß hiernach der Gesammthypothekenbrief

---

[157]) Ob dadurch die ganze Gesammthypothek in lauter Theilhypotheken aufgelöst werden oder ob an einzelnen Grundstücken eine einfache Hypothek, an anderen wieder eine Gesammthypothek entstehen soll, sowie die Höhe des zugetheilten Betrages hängt ganz vom Belieben des Gläubigers ab, da dieser ja seine Befriedigung nach seinem Ermessen aus jedem Grundstück ganz oder theilweise suchen kann (§ 1132).

mit der Verzichtserklärung dem Grundbuchamt vorgelegt werden; nach Berichtigung des Grundbuches wird dann auf dem Gesammthypothekenbriefe vermerkt, daß das betreffende Grundstück aus dem Pfandverbande ausgeschieden sei.[158]) Die Hypothek an diesem Grundstücke aber erlischt.[159]) (§ 1175.)

γ) Besondere Verhältnisse treten bei der Gesammthypothek ein, wenn die belasteten Grundstücke verschiedenen Eigenthümern gehören und der Gläubiger vom Eigenthümer eines der Grundstücke oder vom persönlichen Schuldner befriedigt wird.

Ist es einer der Eigenthümer (mag dieser nun zugleich persönlicher Schuldner sein oder nicht), welcher den Gläubiger befriedigt, so erwirbt er die Hypothek an seinem Grundstücke (als Eigenthümerhypothek bezw. Grundschuld); die Hypothek an den übrigen Grundstücken erlischt. (§ 1173).[160]) Befriedigt dagegen der persönliche Schuldner den Gläubiger, so erlischt die Forderung, die Hypothek steht als Eigenthümergesammtgrundschuld den Eigenthümern der belasteten Grundstücke zusammen zu (§ 1172). Eine Aenderung tritt ein, sobald der Befriedigende Ersatzansprüche an einen der Eigenthümer der belasteten Grundstücke oder einen Rechtsvorgänger dieses Eigenthümers hat. Der befriedigende Eigenthümer erwirbt nämlich dann in Höhe des Ersatzanspruches auch die Hypothek am Grundstücke des anderen Eigenthümers; diese Hypothek bleibt mit der Hypothek am eigenen Grundstücke Gesammthypothek, die Hypothek an den übrigen Grundstücken aber erlischt. Der befriedigende persönliche Schuldner dagegen erwirbt gleichfalls die Hypothek am Grundstücke der betreffenden Eigenthümer; kann er nicht von sämmtlichen Eigenthümern Ersatz verlangen, so erlischt die Hypothek an den Grundstücken der nicht ersatzpflichtigen Eigenthümer. (§§ 1173, 1174.)

---

[158]) Ein bloßer Vermerk auf dem Briefe wäre nicht im Stande, das Grundstück zu befreien, da zur Wirkung des Verzichts nach § 1168 die Eintragung in das Grundbuch nöthig ist.

[159]) Eine Besonderheit kann nach Landesrecht eintreten, wenn eine kleine Parzelle vom verpfändeten Grundstücke abgetreten wird; Einf.Ges. Art. 120. Dabei kann landesrechtlich von der Vorlage des Briefes zur Berichtigung des Grundbuches abgesehen werden.

[160]) Anders ist es im geltenden preußischen Recht, wo der befriedigende Eigenthümer in die Rechte des Gläubigers eintritt und insbesondere die Hypothek am eigenen Grundstücke löschen und auf den übrigen bestehen lassen kann; hierdurch ist betrügerischen Manipulationen Thür und Thor geöffnet.

Die Wirkung auf den Hypothekenbrief ist dabei folgende: Unberührt bleibt die Vorschrift des § 1144, wonach der befriedigende Eigenthümer Herausgabe des Briefes nebst den in § 1144 bezeichneten Urkunden an seine Person verlangen kann. Unberührt bleibt auch die Vorschrift des § 1167, wonach der persönliche Schuldner, wenn er Ersatzansprüche oder ein sonstiges rechtliches Interesse an der Berichtigung des Grundbuches hat, Herausgabe des Briefes verlangen kann.[161])

Daß durch die Befriedigung des Gläubigers innere Wandlungen im Rechtsverhältniß eingetreten sind, tritt auf dem Briefe äußerlich nicht sofort zu Tage; indirekt wird es allerdings aus der Quittung (Löschungs-, Umschreibungsbewilligung) des Gläubigers erhellen. Direkt dagegen wird die Rechtsänderung erst dann auf dem Briefe vermerkt, wenn der Brief zum Zweck der Berichtigung des Grundbuches dem Grundbuchamte vorgelegt wird. Diese Vorlage des Briefes kann eine freiwillige sein, sie kann aber auch von den bisher mitverhafteten Grundstückseigenthümern gemäß §§ 894, 896 erzwungen werden. Die Aenderungen im Grundbuche, soweit nicht die Gesammthypothek gelöscht wird, werden dann auf dem bisherigen Gesammthypothekenbriefe vermerkt.[162]) Dem

---

[161]) Der Umstand, daß der den Gläubiger Befriedigende in der Regel nicht das volle Recht, wie es im Gesammthypothekenbriefe enthalten ist, erwirbt, hat auf die Verpflichtung des Gläubigers, den Brief herauszugeben, keinen Einfluß; denn der Gläubiger kann nicht wissen, inwieweit der ihn Befriedigende das Recht erwirbt, es kann ihm hierüber eine Kognition auch nicht zugemuthet werden. Deshalb muß er schlechtweg dem ihn Befriedigenden auf dessen Verlangen den Brief aushändigen und es im übrigen den betreffenden Eigenthümern überlassen, ihre Rechte zu wahren. Vergl. Anm. 102.

[162]) Bei einer solchen Grundbuchberichtigung ergeben sich folgende Gesichtspunkte:

a) War der Befriedigende einer der Eigenthümer, so kann er entweder Umschreibung der Hypothek bloß an seinem eigenen Grundstücke oder Löschung der Gesammthypothek oder Umschreibung der Hypothek auch an andern Grundstücken wegen angeblicher Ersatzansprüche beantragen. Im ersten Falle bedarf es lediglich des Nachweises, daß er den Gläubiger befriedigt hat, welchen er durch Vorlegung des Gesammthypothekenbriefes und der Quittung erbringt; in seinem Antrage ist dann zugleich auch ausgesprochen, daß er keine Ersatzansprüche hat oder geltend machen will; darum gilt die Hypothek an diesen Grundstücken als erloschen und ist an diesen dann von Amtswegen zu löschen. G.O. § 49 Abs. 2. (Den Ausführungsvorschriften bleibt es überlassen, eine besondere Erklärung bezüglich der übrigen Grundstücke vorzuschreiben.) Entsprechendes gilt, wenn der Eigenthümer die Löschung der Gesammthypothek als solcher oder der

Briefinhaber steht es natürlich statt dessen frei, Ertheilung eines neuen Briefes zu verlangen. (G.O. § 67.) Für die weitere Entwicklung kommt es dann darauf an, ob die geltend gemachten Ersatzansprüche selbst wieder eine Gesammthypothek darstellen oder nicht, also jenachdem sind die Vorschriften über Gesammthypothek oder über die gewöhnliche Hypothek anzuwenden.

d) Eigenthümergesammthypothek. Verzichtet der Gläubiger auf die Gesammthypothek oder tritt einer der Fälle des § 1163 ein (soweit hier nicht §§ 1173, 1174 eine Ausnahme machen), so steht die Gesammthypothek den Eigenthümern der belasteten Grundstücke gemeinschaftlich zu. (§§ 1172, 1175.)

Sofern hier nichts anderes vereinbart ist, kann jeder Eigenthümer verlangen, daß die Hypothek an seinem Grundstücke nach näherer Maßgabe des § 1172 ihm zugetheilt wird.

Die Rückwirkung auf den Brief ist dabei folgende: Obwohl aus der Hypothek rechtlich eine Grundschuld wird, so wird dies bei der Eintragung im Grundbuche zunächst nur auf dem Brief vermerkt und eine etwa mit diesem verbunden gewesene Schuldurkunde abgetrennt. (G.O. § 65.) Der so berichtigte Gesammthypothekenbrief steht dann sämmtlichen Grundstückseigenthümern gemeinschaftlich zu. Sobald aber die Hypothek auf die einzelnen Grundstücke vertheilt werden soll, muß der bisherige Gesammthypothekenbrief zugleich mit dem Vertheilungsantrage dem Grundbuchamte vorgelegt werden, welches dann von Amtswegen für jedes einzelne Grundstück einen besonderen Brief bildet.

Hypothek am eigenen Grundstücke beantragt. Im dritten Falle endlich genügt der bloße Nachweis, daß der Gläubiger befriedigt ist, nicht; vielmehr muß gefordert werden, daß die angeblichen Ersatzansprüche dem Grundbuchamte nachgewiesen werden. (G.O. § 22.) Kann der Nachweis nicht gemäß G.O. § 29 erfolgen, so ist zur Umschreibung die Einwilligung der durch diese Berichtigung des Grundbuches getroffenen Eigenthümer bezw. die Vorlage eines vollstreckbaren Titels, in welchem sie hierzu verurtheilt werden, nothwendig. Soweit hier Grundstücke nicht von Ersatzansprüchen betroffen werden, wird die Hypothek an ihnen von Amtswegen gelöscht.

β) War derjenige, welcher den Gläubiger befriedigte, der persönliche Schuldner, so kann er entweder wegen seiner Ersatzansprüche die Hypothek auf sich umschreiben lassen — dabei gilt entsprechend das sub α Gesagte — oder sonst die Berichtigung des Grundbuchs betreiben. Bezüglich des letzteren Falles vergl. Anm. 102.

(G.O. §§ 64, 69. Vergl. auch das zu Anm. 118 und das in b unter β Gesagte.)

Analog wird der Fall behandelt, daß der Gläubiger gemäß § 1170 mit seinem Rechte ausgeschlossen wird, nur daß hier der alte Gesammthypothekenbrief kraftlos wird und den verschiedenen Eigenthümern zusammen entweder ein neuer Gesammtgrundschuldbrief oder gleich die einzelnen Theilbriefe ausgestellt werden.

§ 24.

3. Grundschuldbrief und Rentenschuldbrief.

Zwei dem Hypothekenbriefe verwandte Rechtsinstitute sind der Grundschuldbrief und der Rentenschuldbrief, welch letzterer selbst wieder eine Unterart des Grundschuldbriefes ist. Die Verwandtschaft mit dem Hypothekenbriefe ist dabei eine so nahe, daß sich der Gesetzgeber damit begnügt hat, als allgemeine Regel aufzustellen, daß für Grundschuld- und Rentenschuldbrief die Vorschriften über den Hypothekenbrief formell und materiell Anwendung finden sollen, soweit sich nicht aus der Natur des unterliegenden Rechtsverhältnisses ein anderes ergiebt. (§§ 1192, 1199, 1200. G.O. § 70.)

a) Grundschuldbrief. α) Gewöhnlicher Grundschuldbrief. Die Grundschuld unterscheidet sich von der Hypothek dadurch, daß sie nicht nothwendig eine persönliche Forderung voraussetzt. Liegt eine solche dennoch zu Grunde, so darf sie in der Eintragung in das Grundbuch bezw. im Grundschuldbrief nicht erwähnt werden, so daß die Grundschuld äußerlich als ohne persönliche Forderung (Schuldgrund) bestehend in Erscheinung tritt. Dementsprechend unterscheidet sich der Grundschuldbrief außer der formellen Bezeichnung „Grundschuldbrief" vom Hypothekenbrief rechtlich dadurch, daß er keinerlei Angaben über die persönliche Forderung enthält und alle Vorschriften, welche beim Hypothekenbriefe in Bezug auf persönliche Forderung bestehen, insbesondere die Vorschriften der §§ 1161, 1164, 1167, 1174, 1177, 1180 für ihn anwendbar sind.

Im Uebrigen aber finden auf den Grundschuldbrief die Vorschriften über den Hypothekenbrief entsprechende Anwendung. Es wird sonach über jede Grundschuld ein Brief ertheilt, sofern dies nicht von den Parteien durch Vertrag ausgeschlossen wird.[163]) Der Gläubiger erwirbt

[163]) In § 1138 I. Entwurfs sowie im preußischen Recht ist der Grundschuldbrief obligatorisch.

die Grundschuld erst mit der Aushändigung des Briefes, die Grundschuld wird durch Uebergabe des Briefes und Ertheilung einer Abtretungserklärung in schriftlicher Form übertragen.[164]) Das Verhältniß des Grundschuldbriefes zum Grundbuch, desgleichen der Schutz des gutgläubigen Erwerbers ist in derselben Weise geregelt wie beim Hypothekenbriefe.[165]) Ebenso ist zur Geltendmachung der Gläubigerrechte die Vorlegung des Grundschuldbriefes nebst Uebertragungsurkunden des § 1155 nöthig und muß der Gläubiger gegen seine Befriedigung, da der Eigenthümer die Grundschuld erwirbt, demselben den Brief aushändigen.

Befriedigt ein Dritter den Gläubiger, ohne daß er die Grundschuld erwirbt (z. B. in Schenkungsabsicht), oder hört das Gläubigerrecht auf, so steht die Grundschuld in analoger Anwendung des § 1163 Abs. 1 Satz 2 dem Eigenthümer zu (soweit sich nicht bei Gesammtpfändern eine Abweichung ergiebt), der Eigenthümer kann dann gemäß § 952 den Grundschuldbrief an sich bringen; im Uebrigen findet das über den Hypothekenbrief bei der Eigenthümerhypothek (§ 16) Gesagte entsprechende Anwendung. Zur Löschung der Grundschuld ist Vorlage des Grundschuldbriefes nöthig, ebenso sind auch die Bestimmungen über das Aufgebot des Hypothekenbriefes beim Aufgebot des Grundschuldbriefes anzuwenden. Wird endlich die Grundschuld in eine Hypothek verwandelt, so finden die Vorschriften des § 65 G.O. analoge Anwendung, d. h. es wird auch hier von Amtswegen kein neuer Brief ertheilt, sondern die Aenderung einfach auf dem bisherigen Grundschuldbriefe vermerkt.

β) Inhabergrundschuldbrief. Eine wichtige Ausnahme von der allgemeinen Regel, daß der Grundschuldbrief analog dem Hypothekenbriefe zu behandeln sei, ist durch § 1195 geschaffen, wonach eine Grundschuld auch in der Weise bestellt werden kann, daß der Grundschuld-

---

[164]) Während beim Hypothekenbrief auch die Forderung übertragen wird, bildet bei der Grundschuld, da diese von einer Forderung nicht abhängt, das dingliche Recht des Gläubigers den unmittelbaren Gegenstand der Vertragserklärung (M. 783).

[165]) Anders verhält es sich im preußischen Recht, wo Einreden und Verfügungsbeschränkungen, welche zwar im Grundbuche, aber nicht auf dem Grundschuldbrief vermerkt sind, dem Kläger, soweit sie nicht gegen diesen unmittelbar zustehen oder die denselben zu Grunde liegenden Thatsachen ihm beim Erwerbe bekannt waren, nicht entgegengestellt werden können (E.E.G. §§ 38, 49).

brief auf den Inhaber ausgestellt wird.[166] Auf einen solchen Grundschuldbrief finden dann nicht die Vorschriften über den Hypothekenbrief, sondern die Bestimmungen über Schuldverschreibungen auf den Inhaber, wie dieselben in den §§ 793—806 enthalten sind, entsprechende Anwendung.

Zur Entstehung einer solchen Grundschuld ist staatliche Genehmigung erforderlich, welche vor der Eintragung beizubringen ist; das Gläubigerrecht steht dem jeweiligen Inhaber des Briefes nach näherer Maßgabe der §§ 793, 794, 797 zu. Zu betonen ist dabei, daß der Eigenthümer auch verpflichtet wird, wenn der Grundschuldbrief ihm gestohlen oder verloren gegangen oder sonst ohne seinen Willen in den Verkehr gelangt ist. (§ 794.) Zur Leistung ist der Eigenthümer nur gegen Aushändigung des Grundschuldbriefes verpflichtet. (§ 797.) Wird die für den Briefinhaber eingetragene Grundschuld in Theile zerlegt, so ist für jeden Theil ein besonderer Brief zu bilden (G.O. § 70). Die Unterschrift unter diesen Theilbriefen kann dabei im Wege der mechanischen Vervielfältigung hergestellt werden. (G.O. § 70, Mot. hierzu, § 793 i. f.)[167]

b) Rentenschuldbrief. Eine Grundschuld kann auch in der Weise bestellt werden, daß in regelmäßig wiederkehrenden Terminen eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstücke zu zahlen ist (Rentenschuld). Auf die einzelnen Leistungen finden dann die für Zinsen einer Hypothek, auf die Ablösungssumme die für ein Grundschuldkapital geltenden Bestimmungen entsprechende Anwendung. (§§ 1199, 1200.) Demgemäß gilt analog auch das oben über den Grundschuldbrief Gesagte für den Rentenschuldbrief.

Im besonderen wäre dabei nur Folgendes hervorzuheben:

Der Rentenschuldbrief unterscheidet sich außer der Bezeichnung als Rentenschuldbrief formell vom Grundschuldbriefe dadurch, daß er sowohl

[166]) Diese Bestimmung dient ähnlichen Zwecken wie die Zulassung einer Hypothek zur Sicherung von Schuldverschreibungen auf den Inhaber und ergänzt die Vorschrift des § 1187 für den Fall, daß der Eigenthümer nicht mit seinem ganzen Vermögen, sondern nur mit dem belasteten Grundstücke haften will (D. 155).

[167]) Eine weitere Ausnahme von der oben genannten allgemeinen Regel ist dadurch gegeben, daß die Grundschuld von vornherein für den Eigenthümer selbst eingetragen werden kann, was bei der Hypothek begrifflich ausgeschlossen ist. Dadurch wird der Grundschuldbrief gleich auf den Namen des Eigenthümers lautend ausgestellt, doch gilt für das sonstige Verfahren nichts besonderes.

den Geldbetrag der einzelnen Leistungen als auch die Ablösungssumme anzugeben hat. Was die Geltendmachung der Gläubigerrechte betrifft, so wird sich diese, da eine Kündigung von Seiten des Gläubigers, ausgenommen den Fall des § 1133 Satz 2 absolut ausgeschlossen ist, in der Regel nur auf die einzelnen Rentenzahlungen erstrecken. Dabei kann der Eigenthümer gemäß § 1160 vom Gläubiger Vorlegung des Rentenschuldbriefes verlangen, ist aber in Folge des § 1158 nicht zu dieser Vorsichtsmaßregel gezwungen.

Soll endlich eine Rentenschuld in eine Hypothek umgewandelt werden, so ist dies nur auf dem Umwege der Verwandlung in eine einfache Grundschuld möglich. Trotz der zweimaligen Aenderung wird kein neuer Brief ertheilt, sondern die Rechtsänderung auf dem alten Briefe vermerkt, sofern es nicht die Parteien vorziehen, sich einen neuen Brief ausstellen zu lassen. (G.O. §§ 70, 65.)

8.

Civilistische Rundschau.

Von Paul Oertmann.

I. Rechtsphilosophie und Allgemeine Rechtslehre.

An der Hand eines großen Materials namentlich über die Verhältnisse der Indianerstämme Nordamerikas bespricht Kohler[1]) von Neuem die vielbestrittenen Probleme des Mutterrechts und der Gruppenehe und weist die gegen deren Annahme neuerdings von Westermarck und anderen erhobenen Angriffe mit Energie und Geschick zurück. Er wirft seinen Gegnern insbesondere mangelndes Studium der allerdings schwer verständlichen indianischen Verwandtschaftssysteme vor (S. 120, 164).

Ein populärer, zwar nach den Worten des Autors nicht für den Juristen bestimmter, aber bei der interessanten, geistsprühenden Art des Verfassers auch für ihn höchst anregender Vortrag Meilis[2]) behandelt und bejaht die Frage, „ob es ein internationales Rechtsleben gebe und ob man heute mit Fug von dem internationalen Geiste der Jurisprudenz sprechen könne."

Die hochwichtige Materie des Internationalen Privatrechts erfährt durch ein uns in der ersten Hälfte vorliegendes Werk Zitelmann's[3]) eine nachhaltige und höchst anerkennenswerthe Förderung. Wie alle Arbeiten des verehrten Verfassers, ist auch diese ausgezeichnet durch hervorragenden Scharfsinn des Denkens und Bedeutsamkeit der Ergebnisse — Vorzüge, die natürlich auch dann bestehen bleiben, wenn man der gleich darzustellenden Grundidee des Verfassers etwa nicht beitreten sollte, was ich von mir freilich durchaus nicht behaupten will. Im Gegensatz zu den meisten anderen neueren Arbeiten auf diesem Gebiet ist Zitelmann's Werk nicht positivistisch, sondern ganz deduktiv gehalten, daher ist freilich die Darstellung recht abstrakt geworden und

---

[1]) Prof. Dr. J. Kohler, Zur Urgeschichte der Ehe. Sep. Abdr. aus Zeitschr. für vergleichende Rechtswissenschaft Bd. XII (S. 1—167).

[2]) Prof. Dr. F. Meili, Der internationale Geist in der Jurisprudenz. Zürich, Müller 1897. 38 S. Preis M. 1.

[3]) Prof. Dr. E. Zitelmann, Internationales Privatrecht. Band I. Leipzig, Duncker & Humblot 1897. XXI u. 408 S. Preis M. 9.

das Verständniß trotz der Klarheit und Präzision von Zitelmann's Schreibweise nicht leicht.

Es giebt nach dem Verfasser zwei Arten des internationalen Privatrechts: das außerstaatliche und das innerstaatliche. Jenes resultirt, ohne spezieller Anerkennung in den einzelnen Gesetzgebungen zu bedürfen, aus Sätzen des Völkerrechts (S. 25, 73). Es ist daher trotz mangelnder Positivität im Sinne Niemeyer's und seiner Anhänger kein Naturrecht von ewigem Inhalt (S. 78), sondern durch die Gestaltung des Völkerrechts historisch bedingt. Ihm gegenüber steht das zur Zeit vielfach allein anerkannte innerstaatliche, positive internationale Privatrecht der Einzelstaaten. Es gehört trotz des Namens nicht zu dem Privat-, sondern zum öffentlichen Recht und zwar als ein Recht sui generis. Die Sätze dieses internationalen Privatrechts sind entweder nur Anwendungen und innerstaatliche Bestätigungen des außerstaatlichen, oder, sofern das nicht der Fall, sind sie völkerrechtswidrig, was natürlich ihrer staatlichen Gültigkeit nicht den mindesten Eintrag thut. Ja, der Richter ist zunächst nur an dieses sein staatliches Recht gebunden (S. 74), insofern aber Abweichungen von der völkerrechtlichen Herrschaftsabgrenzung nicht vermuthet werden dürfen, hat er im Zweifel das nicht besonders ausgeschlossene völkerrechtliche International-Privatrecht kraft des vermuthlichen Willens seines eigenen Staates auch als dessen positives Recht anzuwenden, (S. 75.) ein Satz, dessen fundamentale Bedeutung gerade für Deutschland angesichts der lückenhaften Regelung dieser Materie im B.G.B. sofort in die Augen springt.

Beide Arten des internationalen Privatrechts will Verfasser behandeln. Der erste Band umfaßt als reines „internationales Privatrecht“ sowohl das außerstaatliche wie das innerstaatliche in seinen allgemeinen Bestandtheilen, während die Anwendung der gewonnenen Ergebnisse auf die einzelnen Lehren noch aussteht. Dagegen liegt eine positivrechtliche Erörterung der verschiedenen innerstaatlichen Rechte überhaupt nicht im Plane. Der Schwerpunkt des vorliegenden Bandes beruht offenbar in der Grundidee des „allgemeinen überstaatlichen internationalen Privatrechts“. Um es zu gewinnen, holt Verfasser weit aus: er nimmt seinen Ausgangspunkt vom subjektiven Recht und dessen Verhältniß zum Einzelstaat, um dann erst zu demjenigen zwischen Staat und Staat aufzusteigen und daraus das internationale Privatrecht zu deduziren. Dieser Weg giebt dem Verfasser Anlaß zu verschiedenen hochbedeutsamen Erörterungen über darauf anzutreffende Probleme der allgemeinen Rechtslehre, so über das Wesen der Dinglichkeit, den Begriff des Permissivgesetzes (S. 51, 54), das Verhältniß von objektivem und subjektivem Recht (S. 58). Das subjektive Recht ist dem Verfasser rechtliche Macht, vom Staate verliehen, die, um international zu wirken, völkerrechtlich anerkannt sein muß (S. 71).

Verfasser stellt sodann die Frage, ob es eine allgemeine völkerrechtliche Herrschaftsabgrenzung der Staaten gebe und wie sie beschaffen sei (S. 78). Er bejaht sie, indem er als die zwei Grundlagen für diese Abgrenzung die Personal- und die Gebietshoheit aufweist. Kraft der ersteren kann der Staat seinen Angehörigen, wo sie auch weilen mögen, positiv Befehle geben und negativ andere

Staaten davon ausschließen; kraft der letzteren hat er die alleinige Rechtsmacht, über die auf das Staatsgebiet einwirkenden Handlungsinhalte maßgebend zu bestimmen (S. 104 5). In Kollisionsfällen zwischen beiden tritt prinzipiell die Gebiets- hinter der Personalhoheit zurück (S. 107). Maßgebend ist also im Allgemeinen die Staatsangehörigkeit des Individuums, nicht der Wohnsitz; bei mehrfacher geht die ältere vor (S. 176). Nur bei mangelnder Staatsangehörigkeit entscheidet der Wohnsitz, wie überhaupt die Gebietshoheit subsidiär ungehemmt in Geltung tritt (S. 187).

Aus Buch II (innerstaatliches J.Pr.R.) sei folgendes hervorgehoben:

a) die Erörterung über die Rückverweisung, die mit Recht abgelehnt wird: die ein fremdes Recht für maßgebend erklärende Kollisionsnorm meint damit im Zweifel das materielle fremde Recht und nicht dessen Kollisionsnormen (S. 243).

b) Die Unterscheidung zwischen Kollisionsnormen und materiellen Rechtssätzen (S. 254), namentlich den sog. materiellen Verweisungssätzen (S. 265); letztere setzen die Herrschaftsabgrenzung der Rechtsordnungen als bereits geschehen voraus und ordnen nur für den Fall der Anwendung eigenen materiellen Rechts noch etwas an.

c) ausführlich redet Zitelmann auch über die Vorbehaltsklausel, die in zweifacher Weise denkbar ist: entweder Nichtanwendung des fremden Rechts (trotz Anwendbarkeit nach allgemeinen Prinzipien), oder positiv Anwendung des eigenen (S. 326). In dieser Materie verbreitet sich Verfasser in auch für das gewöhnliche Privatrecht beachtenswerther und fruchtbarer Weise über die Nichtanwendung fremder unsittlicher Sätze.

Ein kurzes drittes Buch „interlokales Privatrecht" befaßt sich mit der Eventualität mehrerer Rechtsgebiete in einem Staatswesen. Hier ist im Allgemeinen das Recht des Wohnortes maßgebend (S. 405).

Anregende, aber nur mehr aphoristische Gedanken über ein wichtiges Thema des internationalen Privatrechts trägt Walker[1]) vor. Die prinzipielle Anerkennung ausländischer juristischer Personen muß Ausnahmen erleiden einmal mit Rücksicht auf ihre Zwecke, zum anderen hinsichtlich des Erwerbes von Immobilien und desjenigen mortis causa (S. 18). Ausführlich erörtert Walker die Oesterreichische Verordnung von 1865 und die einschlägigen Sätze des B.G.B. sowie deren Entstehungsgeschichte (S. 35 ff.).

II. Rechtsgeschichte.

Bremer verfolgt den Plan, das Quellenmaterial für die vor- und frühklassische römische Jurisprudenz, die in Lenel's Palingenesie nicht zu ihrem Recht kommen konnte, zusammenzustellen, und legt die erste Hälfte dieser Arbeit,

[1]) Dr. Gustav Walker, Die rechtliche Stellung ausländischer juristischer Personen, insbesondere ausländischer Aktiengesellschaften. Sep.-Abdr. aus der Oesterreichischen Gerichtszeitung. Wien, Manz 1897. 49 S.

die republikanischen Juristen umfassend, vor.[5]) Als Prinzip verfolgt der Verfasser wesentlich nur eine übersichtliche und vollständige Zusammenstellung und Gruppirung des Vorhandenen, nicht eine Erklärung. Aber er sucht nicht nur den Text zu restituiren — ein oft sehr schwieriges und natürlich nicht immer zu sicherem Ergebnisse führendes Beginnen — sondern giebt auch, gleichfalls in lateinischer Sprache, kritische Untersuchungen über die Stellung der einzelnen Gelehrten, das Verhältniß ihrer Werke und dergl.

Die Arbeit ist trotz mehrerer unverkennbarer Bedenken gegen die Art der Durchführung im Ganzen recht dankenswerth, mit Akribie und großer Stoffbeherrschung verfaßt. Sie erfüllt ihre Aufgabe, uns über die einzelnen Juristen und ihre Bedeutung auf Grund des wirklich quellenmäßig von ihnen und über sie Erhaltenen zu informiren, soweit möglich, in befriedigender Weise.

Der mittelalterlichen Rechts- und Wirthschaftsgeschichte gehört eine sehr gründliche, fördernde und, wie fast alle französischen Werke, vortrefflich geschriebene Arbeit von Huvelin[6]) an. Sie behandelt im Recht der Märkte und Messen ein Gebiet, das bisher trotz seiner Wichtigkeit gerade von den Landsleuten des Verfassers noch wenig kultivirt worden war, während die von ihm mit Fleiß benutzten deutschen Forscher, Goldschmidt voran, dafür in einer auch von Huvelin rühmend anerkannten Weise gewirkt haben. Angesichts dieser vorhandenen Vorarbeiten liegt der Werth des Buches ungeachtet mancher neuen Perspektiven und Resultate vorwiegend in der Zusammenfassung der bisherigen Einzelforschungen, der sich eine beachtenswerthe Kritik anschließt, zu einem farbenprächtigen Gesammtbilde.

Verfasser behandelt nicht nur das Recht von Markt und Messe, sondern auch deren Entstehung, kulturgeschichtliche Bedeutung, sowie die inneren Gründe ihres späteren Verfalls zu Gunsten des seßhaften Handels (S. 9); dabei ist ein grundsätzlicher Unterschied zwischen diesen „formes analogues du commerce périodique" nicht aufzufinden (S. 30).

Der Stoff wird in zwei Theile zerlegt, deren erster die externe, der zweite die interne Geschichte der Messen umfaßt, d. h. ihre Organisation, ihre Privilegien und ihren Einfluß auf die allgemeine Entwickelung von Kultur und Recht (S. 31).

Theil I (S. 33—335) beginnt mit dem Orient, für dessen Schilderung die neuesten Ergebnisse der vergleichenden Rechtswissenschaft erfolgreich verwerthet werden, behandelt sodann die Griechen und, besonders bedeutsam, die Römer. Hier finden wir eine beachtenswerthe Hypothese über die nundinae (S. 91): an den Markttagen fanden bis zur l. Hortensia die Komitien statt, um erst hernach unter dem Druck des zunehmenden Verkehrs davon getrennt zu werden. Zum Theil bedenklich scheinen mir einige über die sehr ausführlich und interessant

[5]) F. P. Bremer, Jurisprudentiae Antehadrianae quae supersunt. Pars prior: liberae rei publicae iuris consulti. Leipzig, Teubner 1896. V u. 424 S. Preis M. 5.

[6]) Dr. P. Huvelin, avocat. Essai historique sur le droit des marchés et des foires. Paris, Rousseau 1897. 634 S. Preis Fr. 10.

behandelten ädilicischen Klagen vorgetragenen Anschauungen (S. 125). Es folgt die Darstellung der fränkischen Zeit des Mittelalters (Kap. 7), endlich der den Verfall einleitenden neueren Zeit. In dem Kapitel 7 finden sich u. a. hinsichtlich des Ursprungs der öffentlichrechtlichen Marktprivilegien interessante Auseinandersetzungen mit Waitz und Maurer (S. 179 ff.) sowie Bemerkungen über den Ursprung der Städte, in denen Verfasser im Wesentlichen nichts sieht als einen erweiterten Markt (S. 218). Es bleibt abzuwarten, wie sich die sachmännische Kritik zu dieser gewandt vorgetragenen Hypothese stellen wird.

Der zweite Theil (S. 337 — Schluß) stellt als die eigentlich „essentielle" Idee für das Werden und Wesen der Märkte die des Friedens hin (S. 338). Insofern sind sie die ersten Vorläufer des Völkerrechts. Aber auch des Handelsrechtes, indem sich auf ihnen ein internationales Sonderrecht für die Betheiligten entwickelt mit gewissen „franchises" (S. 436, 441) und anderweiten Privilegien (S. 467).

Schon der Rechtsgeschichte, wenn auch der allerjüngsten, gehört heute bereits Leonhard's[7]) instruktiver, klar und warm geschriebener Aufsatz über die Vollendung des B. G.B. an, der im Anschluß an frühere Artikel über dessen Schicksal nach dem Erscheinen des ersten Entwurfes berichtet. Verfasser weist auf die wichtigsten diesem zu Theil gewordenen Aenderungen hin, und auch, was der kleinen Arbeit besonderen Reiz verleiht, auf die treibenden Faktoren, wirthschaftliche und andere, dessen Einfluß sich darin wiederspiegelt. Beachtenswerth sind besonders die Bemerkungen über Petrazycki's Civilpolitik (S. 9), der gegenüber Leonhard bei gewisser Anerkennung doch methodische Vorsicht anempfiehlt.

III. Gemeines Civilrecht.

Von H. O. Lehmann's Neubearbeitung des Stobbe'schen Privatrechtes[8]) liegt ein weiterer Halbband vor (cf. über den ersten Bd. XI S. 185), der die im deutschen Rechte ja besonders wichtigen und mannigfaltigen iura in re aliena umfaßt. Verfasser beherrscht vollauf die zerstreuten Quellen und die weitschichtige Litteratur, bei deren Benutzung nur zuweilen eine gewisse Ungleichmäßigkeit hervortritt, so z. B. die Litteraturangaben bei S. 316 No. 5 und 320 No. 21; er versteht in klarer und geschmackvoller Form darzustellen und hat so mit zugleich energischer und wahrhaft pietätvoller Hand diesen Band eines unserer Standard-Werke glücklich wieder auf den Standpunkt der modernen Forschung zu bringen verstanden. Nicht nur die engeren Fachgenossen sind ihm dafür zu Dank verpflichtet, nicht zum wenigsten auch um

---

[7]) Prof. Dr. Leonhard, Die Vollendung des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches. Marburg, Elwert 1897. 43 S. Pr. M. 0,80.

[8]) O. Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, neu bearbeitet von Prof. H. O. Lehmann. Band II, zweiter Halbband. Dritte Auflage. Berlin, Hertz, 1897. VIII u. 558 S. Pr. M. 10.

deswillen, weil Verfasser überall da, wo die behandelten Institute dem B.G.B. angehören, auch auf dessen einschlägige Sätze am Schluß der jeweiligen Abschnitte ausführlich eingeht, — leider noch in Kap. 5—7 nach der Paragraphenzahl des zweiten Entwurfes.

Von Einzelheiten sei nur erwähnt die ausführliche Uebersicht über die Reallasten-Theorieen; Verfasser selbst sieht darin wesentlich obligatorische Rechtsverhältnisse, wenigstens für die moderne Anschauung, freilich vielfach verbunden mit dinglichen Bestandtheilen pfandrechtlicher Natur (S. 61 ff., 91). Bis zu einem gewissen Grade ähnlich ist nach Lehmann die Natur der Hypothek (S. 165). Indeß ist hier die gegen den Grundstückeigenthümer als solchen gerichtete Forderung, die von der pfandrechtlich gesicherten persönlichen Forderung natürlich wohl zu scheiden ist, nur klaglos (obligatio naturalis), und man kann daher unter Beiseitelassung ihrer sich in der Definition auf das dingliche Moment der Hypothek beschränken (S. 165, 265).

Der gemeinrechtlichen Doktrin gehört noch eine Anzahl kleinerer Studien an. Zuerst sei aufmerksam gemacht auf Horn's[9]) gediegene Untersuchung über den Pfandrechtsbegriff in seinen verschiedenen Gestaltungen, die zwar in der prinzipiellen Auffassung im Grunde nicht besonders viel Neues bringt, aber die Resultate der bisherigen Forschungen, namentlich Exner's und Manobachs, zu verwerthen und zu einer einheitlichen Gesammtanschauung weiterzuführen weiß. Dabei erfahren die gegnerischen, auf ein Recht am Recht hinführenden, Theorien eine gehaltvolle und m. E. durchschlagende Widerlegung. Horn erklärt ihnen gegenüber das „Pfandrecht am Recht" aus dem Begriff der konstitutiven Succession, wodurch der Berechtigte legitimirt wird, „aus dem Inhalt des verpfändeten Rechts jene Befugnisse, welche zur Realisirung des Pfandrechtszwecks geeignet sind, in derselben Weise wie der ursprünglich Berechtigte, jedoch durch den Pfandrechtszweck beschränkt, als ein eigenes neues Recht geltend zu machen" (S. 1).

Das gewonnene allgemeine Resultat wird sodann in einer, soweit ich beurtheilen kann, wesentlich beifallswerthen Weise für die Darstellung des österreichischen Pfandrechts verwerthet.

Das stets reizvolle, obwohl oder vielleicht weil so schwierige, Kausalitätsproblem in seiner Anwendung auf das Schadensersatzrecht behandelt eine beachtenswerthe, mitunter leider reichlich breit geschriebene, Erstlingsarbeit von Haß[10]). Er verwerthet die bekannte Lehre des Physiologen v. Kries über den Gegensatz vom adäquaten und inadäquaten Kausalzusammenhange Im Anschluß daran leugnet Verfasser einerseits den objektiven Gegensatz zwischen Verursachung und bloßer Bedingung, wie Mill und seine zahl-

[9]) Dr. Richard Horn, Rechte als Objekte des Pfandrechts. Sep.-Abdr. aus Gellers Centralblatt f. österr. Rechtswiss., Wien 1897. 95 S. Pr. M. 2.

[10]) Dr. C. Haß, Ueber die Verantwortlichkeit des Gegensatzes von adäquatem und inadäquatem Kausalzusammenhang in der Lehre vom Interesse. Ihering's Jahrbücher Bd. 37 S. 327—484.

reichen Anhänger, und es müßte an sich der Thäter sowohl straf- wie civilrechtlich für alle noch so entfernten Folgen seines Thuns aufkommen (S. 395). Aber andrerseits kann und wird das positive Recht solche übermäßig strenge Konsequenz abmildern, und das klassische Volk des Rechtes, die Römer, hat das gethan, wie Verfasser an einer Anzahl interessanter Beispiele zeigt (S. 383, 421 2): sie lassen den Verletzer nicht haften für diejenigen Folgen seines Thuns die „den Stempel der Zufälligkeit ganz klar an sich tragen" (S. 466), d. h. nur in inadäquatem Zusammenhang damit stehen. Und dem folgt auch, freilich nicht immer mit klarer Begründung und begrifflicher Klarheit, die moderne Judikatur; das thut Verfasser unter Hinweis vorzüglich auf die bekannte und von ihm mit Recht gepriesene Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 29 No. 31 dar (S. 450).

Soweit kommt Haß praktisch im Grunde auf dasselbe heraus, wie die von ihm theoretisch verworfene Lehre derer, die wie Thon, Birkmeyer und andere, m. E. zutreffend von vornherein zwischen Bedingung und Ursache scheiden und nur für letztere, als welche sie die entscheidende, wirkungsvollste Bedingung oder wie man es sonst formuliren mag, ansehen, haften lassen.

Mit einem zweiten interessanten Problem aus der Lehre vom Schadensersatz befaßt sich ein Aufsatz derselben Zeitschrift aus der Feder eines anderen jungen Juristen.[11]) Es giebt nach H. A. Fischer zwei Arten von Schuldverhältnissen, von denen die eine nur auf Bemühungen, die andere auf Herstellung eines objektiven Erfolges gerichtet ist. (Beispiele: (mandatum — stipulatio, S. 235 ff.). In dem mangelnden Verständniß für diesen Gegensatz sucht Fischer den Grund, warum die herrschende Lehre „ein befriedigendes System der befreienden Unmöglichkeit der Leistung" nicht aufzustellen vermocht habe. Mit Unrecht stellt sie auch bei der zweiten Gruppe alles auf den subjektiven Gesichtspunkt der beobachteten oder nicht beobachteten Diligenz ab (S. 214), während es doch nach dem reinen Begriff dieser Obligationen mit nichten allein auf deren Vorhandensein ankomme. Erst später hat man nach dem Verfasser in Rom auch bei ihnen zum Theil der aequitas einen gewissen Tribut gezollt: nunmehr befreit, zwar auch nicht der bloße Nachweis der Schuldlosigkeit, aber doch wenigstens der gewisser Ereignisse (S. 270). Andererseits würden hier wie sonst innerhalb der großen Unternehmungen beim Beibehalten der gewöhnlichen Diligenzpflicht auch wahre, nur bei dem komplizirten Betriebsorganismus nicht nachweisbare, Fälle wirklichen Verschuldens ungeahndet bleiben (S. 271). Hier liegt also der innere Grund für die Haftungsgrenze der vis maior, als welche Fischer das „typisch Unüberwindliche" bezeichnet (S. 276). Er vertritt also im letzten Grunde eine neue, zum mindesten der Beachtung und weiteren Nachprüfung würdige Spielart der objektiven Theorie.

---

[11]) Ref. Dr. Hans Albrecht Fischer, Vis maior im Zusammenhang mit Unmöglichkeit der Leistung. Ihering's Jahrbücher Bd. 37 S. 199—301.

Eine kleine Studie des Schreibers dieser Zeilen [12]) befaßt sich mit der für den Umfang der Schadensersatzansprüche nicht unwichtigen Lehre von der sog. compensatio lucri cum damno und versucht auf Grundlage der Quellen und der Judikatur die Formel der herrschenden Lehre, es käme dabei auf die Einheit des Schaden und Nutzen hervorrufenden Ereignisses an, als zu eng zu widerlegen. Es kann vielmehr der, wer für die sei es näheren, sei es entfernteren Folgen seines Handelns aus Vertrag oder Delikt verantwortlich ist, verlangen, daß sie ihm gegenüber in ihrer Gesammtwirkung beurtheilt werden. So kann z. B. der Spediteur, der vertragswidrig statt des theureren Landweges den billigeren Seeweg zum Transport wählt, von dem bei eingetretener Beschädigung der betreffenden Waaren zu leistenden Ersatz die Frachtdifferenz abziehen, obwohl man nicht sagen darf, daß das schädigende Ereigniß (während der Seefahrt) zugleich die Ersparniß herbeiführt.

Ein etwas schwer geschriebene, aber durch Selbständigkeit der Auffassung und ausreichende Beherrschung des schwierigen und umfassenden Stoffes erheblich über das Durchschnittsmaß hinausragende Dissertation legt Liebknecht [13]) vor. Er behandelt zunächst in Theil I „die Form des Kompensationsvollzuges". In der ältesten römischen compensatio soll ein wahrer Vertrag gelegen haben, dessen Abschluß freilich indirekt erzwungen werden konnte; anders aber war das späterhin: seit Entstehung des gesetzlichen Rechtes auf Kompensation bedarf es für die Regel keines Vertrages mehr, und selbst in den Fällen, wo es an einem gesetzlichen Erforderniß für die c. fehlt, dient der Parteiwillen nur zu dessen Supplirung (S. 9). Auf diese Unnöthigkeit eines Kompensationsvertrages geht auch der Ausdruck „ipso jure compensatur", eine Phrase übrigens, aus der sich für die Form des Vollzuges der Aufrechnung nichts ergiebt (S. 16, 25). Diese selbst stellt sich dar als ein an Stelle der Zahlung tretender Erlaß und wird vollzogen durch Erklärung des auf sie gerichteten Willens einer-, durch Annahme des Erlasses unter Angebot des umgekehrten Erlasses der Gegenforderung andererseits (S. 38, 52). Bei Nichtannahme dagegen treten die Wirkungen ein wie bei der Deposition, d. h. die einer resolutiv-bedingten Schuldtilgung (S. 48). Demgegenüber erklärt sich die rückwirkende Kraft der Kompensation nur aus positiver Satzung (S. 51 ff.).

Ich muß gestehen, daß mich diese Theorie Liebknecht's bei aller Anerkennung des dafür aufgewendeten Scharfsinns nicht überzeugt hat und daß ich vor ihr noch immer der von ihm etwas souverän verworfenen Azo bezw. Unger'schen (auch im Landrecht kodifizirten) Theorie den Vorzug gebe, wonach sich Forderung und Gegenforderung von selbst aufheben unter der Bedingung der Geltendmachung der Kompensation.

[12]) P. Oertmann, Compensatio lucri cum damno, Geller's Centralblatt f. d. österr. Praxis. Bd. 15 Heft 9.

[13]) E. Liebknecht, Ref.: Kompensationsvollzug und Kompensationsvorbringen nach gemeinem Rechte (Würzburger Diss.) Berlin, Puttkammer u. Mühlbrecht 1897. 127 S. Pr. M. 1,60.

Ueber die schwierigen, wesentlich prozessualischen Fragen des zweiten Theiles („Das Wesen des prozessualen Kompensationsvorbringens") kann hier nicht referirt werden; als beachtenswerth will ich nur hervorheben, daß die Vorbringung der „Kompensationseinrede" durch eine anderweite Rechtshängigkeit des fraglichen Anspruches nicht ausgeschlossen wird und umgekehrt; l. 8 D. de comp. ist ganz prinzipgemäß. Denn „nur Feststellung des Bestehens einer — gegenwärtig definitiv getilgten — Gegenforderung im Augenblicke des Aufrechnungsangebotes" kann mit ihr geheischt werden (S. 90).

Aus Theil III — Behandlung des Kompensationsvorbringens im heutigen Prozeß — sei hervorgehoben, daß die auf Verweisung desselben ergehenden Urtheile keine End-, sondern Zwischenurtheile sind, die in Betreff der Rechtsmittel als Endurtheile gelten (S. 108).

Schloßmann[14]) befaßt sich in einer interessanten und lehrreichen kleinen Studie mit der „letztwilligen Schiedsgerichtsklausel". Er gewinnt aus einer energischen Untersuchung der Quellen zunächst das allgemeine Resultat, daß in allen Fällen, wo Zwang zur Vollstreckung eines nicht auf Zuwendung subjektiver Rechte gerichteten letzten Willens überhaupt stattfindet, entweder der besondere Inhalt der Verfügung oder die Rücksicht auf den Erben ihn rechtfertigt (S. 319), nicht aber die bloße Pietät gegen den letzten Willen als solchen. Die letztwillige Schiedsgerichtsklausel insbesondere fällt unter jene Gesichtspunkte an sich nicht, ist also nicht gegen den Willen von Amtswegen geltend zu machen, kann vielmehr durch Vertrag der Interessenten rechtsverbindlich außer Kraft gesetzt werden (S. 323).

An dieser Stelle mag noch erwähnt werden die gut gemeinte und sachlich einzelne Anregungen bietende, aber für den Juristen doch im Ganzen wenig brauchbare rechtspolitische Arbeit eines Technikers über das „Luftrecht".[15]) Der Verfasser geht darin doch von allzu laienhaften und abwegigen Vorstellungen über das Eigenthum und den Besitz (S. 39 faßt er diesen als Theil des Eigenthums auf!) aus. Er nimmt auch in allem Ernst ein Eigenthum am Willen (!), am Leben (S. 38), an der eingeathmeten (S. 10) und selbst der noch nicht in „Besitz" genommenen Luft an (S. 13). Eigenthümliche Sätze sind auch die: „Eigenthum kann nur durch verrichtete Arbeit entstehen"; „Jede Arbeit schafft Eigenthum" (S. 47). Mancher sozialpolitische Schwärmer möchte wohl wünschen, daß diese kühnen Behauptungen Wahrheit würden!

Praktisch läuft die Arbeit hinaus auf den Vorschlag, die Bestimmungen der §§ 906/7 B.G.B. zu begrenzen durch ein „Luftgesetz" mit genauen, zahlenmäßigen Angaben über die zulässigen Immissionen auf das Nachbargrundstück. Das würde trotz des von Jurisch vorgesehenen „variabeln" Inhalts kaum durchführbar und mindestens arg mechanisch sein.

---

[14]) Professor Dr. Schloßmann, Ueber die letztwillige Schiedsgerichtsklausel. Ihering's Jahrb. Bd. 37 S. 301—26.

[15]) Conrad W. Jurisch, Grundzüge des Luftrechts. Berlin, Carl Heymanns Verlag 1897. 86 S. Pr. M. 2.

IV. Bürgerliches Gesetzbuch, Reichsrecht.

a) Kommentare; Systematische Werke.

Eine wahre Hochfluth von Arbeiten aller Art, in der Anlage, den Zielen und im Werth ungemein verschieden, hat uns das neue Gesetzbuch in der Berichtsperiode bereits bescheert, und wenn das so weitergeht, werden wir uns bald in der stolzen Sicherheit wiegen dürfen, daß wir in der Quantität unserer juristischen Produktion allen Zeiten und Völkern überlegen sind. Wenn man nur von der Qualität dieser enormen Litteratur dasselbe sagen könnte! Aber in dieser Beziehung ist das bisher Erschienene im Ganzen, trotz einzelner vorzüglicher Arbeiten, leider weit weniger vertrauenerweckend.

Beginnen wir mit den Gesetzesausgaben und Kommentaren! Zu den bloßen Textausgaben mit Anmerkungen, die noch in der vorigen Periode überwogen, ist eine weitere hinzugekommen, die, von zwei sächsischen Praktikern[16]) veranstaltet, in ihren meist kurzen, übersichtlichen Noten vorwiegend auf das Verhältniß der neuen Sätze zum Sächsischen Recht eingeht und daher wesentlich partikulares Interesse darbietet. Uebrigens ist die Arbeit in dieser Beschränkung geschickt und dankenswerth; sie giebt daneben Verweisungen auf die gesetzgeberischen Vorarbeiten, auch bei wichtigen Aenderungen des Gesetzes gegenüber den Entwürfen Hinweise darauf und Mittheilung der Gründe. Ein genaues Syntagma der einander entsprechenden Paragraphen des Sächsischen und Bürgerlichen Gesetzbuches sowie ein Register erhöhen die Brauchbarkeit der Arbeit.

Das umfassende Werk Haidlen's[17]) ist, als bei weitem frühzeitigster in der Aera der großen Kommentare, bereits fertig geworden. Ich habe mich über die Eigenthümlichkeiten dieser Arbeit in Plan und Anlage bereits mehrfach geäußert (s. Bd. XI, 276 und XII, 107), sodaß ich diesmal darauf Bezug nehmen kann, zumal die weiteren Bände grundsätzliche Aenderungen dem ersten gegenüber nicht aufweisen. Freilich ist bei aller Anerkennung des vom Vfr. bei der Lösung seiner Aufgabe, aus dem Wortlaut der Vorarbeiten unmittelbar einen umfassenden Kommentar herzustellen, bekundeten Geschickes und Taktes der selbständige wissenschaftliche Werth seines Werkes weit geringer als der eines eigenen Kommentars, aber der Brauchbarkeit für den Praktiker und auch für den Theoretiker thut das keinen Abbruch. Auch wer mit dem Schreiber

---

[16]) Bürgerliches Gesetzbuch f. d. deutsche Reich vom 18. August 1896, nebst dem Einführungsgesetze. Handausgabe zum praktischen Gebrauch, insbesondere in Sachsen, von Oberlandesgerichtsrath H. Tränkner und Landgerichtsdirektor Dr. Fr. Wulfert. Leipzig, Roßberg 1897. XLVIII u. 1070 S. Pr. M. 10.

[17]) Landgerichtsrath Dr. Haidlen, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz mit den Motiven und sonstigen gesetzgeberischen Vorarbeiten. Band I—IV. Stuttgart, Kohlhammer 1897. X u. 980 S., bezw. VI u. 498 S., bezw. VI u. 813 S., bezw. VI u. 616 S., dazu Bd. V, Inhaltsübersicht und Sachregister, 181 S. Preis zus. M. 43,30.

dieser Zeilen nicht in verba der Vorarbeiten schwört und ihre kritiklose Verwerthung geradezu für ein Unglück erachten würde, kann sich doch ihrer intensiven Benutzung füglich nicht entschlagen. Und dieser Sachlage entspricht das Haidlen'sche Werk. Es dient als für den laufenden Gebrauch vollauf ausreichendes Surrogat der Motive und Kommissionsprotokolle, zumal so lange letztere noch nicht vollständig im Druck veröffentlicht sind; es erfüllt aber auch neben der Benutzung der originalen Vorarbeiten seine Funktion. Denn sicherer, als es sonst möglich wäre, ersieht man aus Haidlen, welche Erörterungen aus jenen gerade zu den einzelnen Paragraphen des Gesetzes gehören und, vor allem, was von den Vorarbeiten heute angesichts der während der Entstehung des Gesetzbuches eingetretenen Aenderungen noch verwerthbar ist. Allerdings mußte der Vfr., und darin besteht der Hauptwerth seiner eigenen Thätigkeit, zur Erreichung dieser Aufgabe energisch zusammenstreichen und auch selbst den echten Text öfters korrigiren. Aber das war, wenn man überhaupt ein derartiges Werk unternehmen wollte, unvermeidlich, und ist zudem, soweit ich mich bisher durch eigenen Gebrauch darüber informiren konnte, in glücklicher und zweckmäßiger Weise geschehen. Um so weniger darf und wird aber auch der Leser vergessen, daß er es mit einer Privatarbeit zu thun hat, deren Aeußerungen keineswegs schlechthin und kritiklos auf Annahme Anspruch haben.

Dazu treten aber nunmehr auch schon die selbständigen großen Kommentare auf den Plan. Zwei von ihnen haben den Allgemeinen Theil, je den ersten Band umfassend, vollendet und sind mit einer weiteren Lieferung in das Obligationenrecht eingetreten — Planck und Scherer, zwei Werke, deren Anlage und Werth übrigens außerordentlich verschieden ist.

Das Erscheinen des Planck'schen Kommentars[15]) ist das längst mit Spannung erwartete „litterarische Ereigniß" der Berichtsperiode. Ueber die mit diesem Werk, dessen bisher erschienene Lieferungen Planck selbst bearbeitet hat, verfolgten Ziele spricht sich der verehrte Vfr. in allzugroßer und durch den reichen Inhalt seiner Arbeit nicht gerechtfertigter Bescheidenheit dahin aus, es handle sich nicht um eine wissenschaftliche Bearbeitung des neuen Rechts. „Hierzu dürfte der Zeitpunkt noch nicht gekommen sein." Sondern das Werk wolle nur die Einführung des Gesetzes in die Praxis erleichtern und betrachte als wesentliche Aufgabe die Klarlegung der für das richtige Verständniß des Gesetzes entscheidenden zwei Momente — des von ihm verfolgten wirthschaftlichen und sozialen Zweckes, und der zu dessen Erreichung angewandten technisch-juristischen Mittel. Aber indem es sich diese Zwecke setzt und in meisterhafter Weise durchführt, ist das große Planck'sche Werk doch schon eine wissenschaftliche Leistung allerersten Ranges! Allerdings hätte ich eine größere Berücksichtigung der historischen Entwickelung, Hinweise auf die einschlägigen Sätze

---

[15]) Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. In Verbindung mit Achilles, André, Greiff, Ritgen, Unzner erläutert von Geh. Rath Prof. Dr. G. Planck. Erster Band: Einleitung und Allgemeiner Theil. Berlin, Guttentag 1897. IX u. 291 S. Preis M. 6,80.

der Partikularrechte gewünscht, Dinge, die meines Erachtens auch in einem Kommentar in bescheidenen Grenzen gehalten möglich und zweckdienlich sind. Auch die bisherige Judikatur hätte sich vielleicht noch mehr verwerthen lassen. So dient die ganze Methode des Werkes überhaupt in etwas einseitiger Weise der Erklärung des Gesetzbuches aus sich selbst, weniger aus dem Werdeprozeß unserer Rechtsentwickelung heraus.

Von diesem grundsätzlichen Bedenken abgesehen, hat Vfr. alle hochgespannten Erwartungen in den bisher erschienenen Lieferungen vollauf erfüllt. Die wohl einzige Beherrschung des Stoffes, der Entwürfe, der Absichten der bei der Ausarbeitung des Gesetzbuches betheiligten Faktoren tritt uns auf jeder Seite entgegen. Viele in ihrer abstrakten Kürze sonst schwer verständliche und in ihrer Tragweite zweifelhafte Sätze gewinnen jetzt erst für uns ihre rechte Beleuchtung. Und neben den überall bedeutsamen Erörterungen im Detail sind von entsprechendem Werth die allgemeineren zu den einzelnen Abschnitten und Titeln. Nach alledem wird niemand, der sich mit dem B. G.B. ernstlich beschäftigt, die intensive Benutzung und Durcharbeitung dieses Musterkommentars unterlassen dürfen.

Nicht das geringste Lob verdient schon die Einleitung, die eine gute Uebersicht über die Entstehungsgeschichte des Gesetzbuches giebt,[10]) und sodann bedeutsame Mittheilungen über die äußere Behandlung des Stoffes, die technischen Ausdrücke macht und die in Betracht kommenden Auslegungsgrundsätze erörtert. Beifallswerth ist der Ausspruch des Vfrs. gegenüber den Vorarbeiten, S. 28, den als aus dem Munde eines an ihnen so hervorragend betheiligten Mannes stammend sich die blinden Motiven-Anbeter unserer Zeit besonders gesagt sein lassen sollten.

Wichtig sind auch die der Einleitung nachfolgenden Vorbemerkungen zum Allgemeinen Theil selbst, S. 33—49, ich möchte daraus die Erörterung über die Bildung des Gewohnheitsrechtes in seinem Verhältniß zur Gesetzgebung, S. 35, sowie die über den Fahrlässigkeitsbegriff des B. G.B., S. 36, besonders hervorheben. Aus dem Weiteren sei hingewiesen auf die gegenüber dem bedenklichen Wortlaut des § 823¹ erst klärende Untersuchung über die Individualrechte, S. 51, über die Bedeutung des Namens im Privatrecht, S. 66. Sehr ausführlich und gediegen sind des weiteren die allgemeinen Erörterungen über Rechtsgeschäft, S. 142 ff., die über die stillschweigende Willenserklärung, S. 164 in Verbindung mit S. 184.

Auch der Stellungnahme des Vfrs. zu den bisher aufgetauchten Streitfragen des B. G.B. wird man meistens folgen können. So der, mit Eck übereinstimmenden, engeren Abgrenzung des Begriffs „sozialpolitische Vereine":

---

[10]) Hier findet sich u. a. S. 1 der beherzigenswerthe, dem Romanisten hocherfreuliche Satz: „Auf der Grundlage des römischen Rechts hat sich die deutsche Rechtswissenschaft zu derjenigen Höhe entwickelt, durch die sie fähig geworden ist, den Boden zu schaffen, auf dem jetzt das einheitliche deutsche Recht erwachsen ist."

den Ausführungen über das Stiftungsgeschäft, S. 117 ff. Instruktiv zur Erklärung eines vielgescholtenen Ausdruckes im B.G.B. ist das über die „wesentlichen Bestandtheile" Gesagte, S. 129. In der Auffassung der höheren Gewalt folgt Planck mit Fug der objektiven Theorie, S. 254.

Selbstverständlich kann auch einem Planck gegenüber der Widerspruch in manchen Punkten nicht fehlen, so gegenüber seiner Ablehnung eines Rechtsschutzes für die Pseudonyme, S. 67; der Versagung einer exceptio doli im Falle des § 121, wie sie Eck m. E. mit Recht gefordert hatte, S. 171.

Viel weniger günstig wird das Urtheil über den zweiten großen Kommentar lauten, von dem Scherer[20]) die ersten Lieferungen vorlegt. Er bildet schon darum zu Planck einen Gegensatz — und in gewissem Sinne auch eine Ergänzung — daß er überall das bisherige Recht, besonders dessen Judikatur nach den drei großen Rechtsgebieten des Gemeinen, Preußischen und Französischen Rechts zu Grunde legt, während die eigentliche Spezialauslegung des Gesetzbuches erheblich zurücktritt und bei vielen Paragraphen, die völlige Neuschöpfungen darstellen, ganz fehlt — so sind zu den §§ 55—79 nur je eine Anmerkung zu 56 und 61 vorhanden. Auch sonst beschränkt sich das dafür Gegebene fast ausschließlich auf eine freie Auswahl aus den Motiven und Kommissionsprotokollen.

Man muß gestehen, daß Vfr. zur Lösung dieser selbstgestellten Aufgabe, die Ergebnisse der bisherigen Rechtsprechung der Interpretation des B.G.B. nutzbar zu machen, einen ungemeinen und auf alle Fälle recht anerkennenswerthen Fleiß aufgewendet hat; ganze Berge von Material hat er aus allen möglichen Sammlungen und Entscheidungen zusammengetragen und verarbeitet, darunter zweifelsohne manches auch für die Wissenschaft des neuen Rechtes Verwendbare. Aber wenn man andererseits demungeachtet der ganzen Grundidee, die Auslegung des B.G.B. grundsätzlich auf dem bisherigen Rechte zu basiren, als viel zu weitgehend skeptisch gegenüberstehen muß, so noch vielmehr der vom Vfr. beliebten Art der Durchführung. Schon das ist bedenklich, daß er nur die Judikatur reden läßt, nicht auch die Litteratur und die Quellen (s. S. VII), obwohl doch gerade hinfort jene nicht mehr und nicht minder nur durch die Macht der inneren Gründe zu wirken berufen sein kann, als diese.

Aber davon abgesehen — auch die Judikatur selbst hat Vfr. in einer ziemlich unkritischen Art benutzt, ja vielfach wahllos zusammengehäuft. Während daher einerseits bisweilen prinzipielle und auch in Zukunft bedeutsame Entscheidungen fehlen, findet man andererseits in viel größerem Umfange belanglose und entbehrliche, ja selbst solche, deren Zusammenhang mit dem Paragraphen des Gesetzbuches, bei dem sie citirt werden, nur mit Mühe oder überhaupt nicht errathen werden kann. Was soll z. B. bei § 138 die langathmige Auseinandersetzung darüber, inwieweit die Frau von dem Manne getrennt zu leben berechtigt sei (S. 269 ff.)? — Nicht minder finden sich ohne genügenden Grund

[20]) Allgemeiner Theil des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Von Rechtsanwalt Dr. M. Scherer. Erlangen, Palm u. Enke 1897. XXXIX u. 521 S. Preis M. 8,80.

wiederholte Angaben derselben Entscheidung, so auf S. 276 und 278 des bekannten Reichsgerichtserkenntnisses Bd. 28 S. 238. Auch die Gruppirung der Entscheidungen ist öfters seltsam, so sondert Scherer S. 316 die aufhebenden von den bestätigenden letztinstanzlichen Erkenntnissen aus der bisherigen Praxis.

Bei den Angaben und Citaten aus dem Gesetzbuch selbst vermisse ich vielfach eine genügend deutliche Hervorhebung, ob Vfr. die Entwürfe, und welchen von ihnen, oder das B. G.B. selbst meint. Mangels besonderer Angabe muß doch jeder Leser des Kommentars die Zahlen des Gesetzes als citirt ansehen, und doch meint Vfr. bisweilen den Entw. I, so wenn er S. 134 den § 794 anzieht, der im Gesetzbuch selbst die Nummer 101 trägt! Aber es fehlen auch positiv unrichtige Behauptungen nicht, so soll nach S. 19 für die Heirathsmündigkeit bei Männern unter Wiederholung des Reichsgesetzes von 1875 das 20. Lebensjahr entscheidend sein, während doch § 1303 mit klaren Worten die Volljährigkeit verlangt! Nach S. 283 soll die Anfechtbarkeit einfach relative Nichtigkeit bedeuten, was doch, von vielem Andern abgesehen, für das B. G.B. schon wegen § 144[2] in Vergleich mit 141 unhaltbar ist. S. 247 wird einfach das Spielen in anderen deutschen Bundesstaaten als solches in ausländischen Lotterien nach wie vor angesehen, ohne daß auf § 763 Rücksicht genommen würde, der doch die staatlich (also einzelstaatlich) genehmigte Lotterie für verbindlich, d. h. natürlich für das ganze Reich, für das unser B. G.B. gilt, erklärt.

Auch finden sich in den eigenen Erörterungen und Beweisführungen Sonderbarkeiten; so S. 18 der wundersame Satz: „Es ist auffallend, daß gewöhnlich die jungen, aber armen Frauen reicher, aber alter Männer außerhalb der üblichen Zeitgrenzen Kinder bekommen, selbst 80jährige Männer bekommen unter diesen Umständen noch Kinder." Ich habe vergeblich zu ergründen versucht, was diese merkwürdige physiologische Entdeckung mit dem § 1 B. G.B., zu dem sie mitgetheilt wird, zu thun habe. Dasselbe gilt von dem Exkurse über Werth und Form des Eides (S. 207) beim § 125 — solche Dinge gehören am allerwenigsten in einen Kommentar, bei dem auf Präzision und straffes Festhalten am Thema doch nahezu alles ankommt! Will man darin aber einmal doch von solchen allgemeinen und schwierigen Problemen, wie der Rückwirkung der Gesetze, sprechen, so ist das gewiß nicht mit den billigen Worten abzuthun: „es ist ein Widersinn, dem Gesetz rückwirkende Kraft zu verleihen; dies heißt, die Verhältnisse rückwärts auf den Kopf stellen" (S. 5).

Ich glaube, daß sich aus der Fülle des Scherer'schen Materials im Ganzen etwas Brauchbares, vielleicht gar Vortreffliches, machen ließe — aber dazu bedürfte es einer vollständigen Umgestaltung des Buches, wie es uns heute vorliegt. Es sollte mich aufrichtig freuen, wenn Verfasser sich dieser freilich schwierigen Aufgabe unterziehen und dadurch die Bedenken, die ich heute seiner fleißigen Arbeit zu meinem Bedauern entgegenhalten muß, zerstreuen helfen würde.

Kürzer in der Anlage, als die beiden bisher besprochenen Kommentare, ist ein dritter aus der Feder von Meisner, der auffälliger Weise statt mit

dem ersten mit dem zweiten Buche den Anfang genommen hat.[21]) Wir haben es hier mit einer recht brauchbaren Arbeit zu thun, die im Gegensatz zu Planck, und auch wieder in ganz anderer Art wie Scherer, auf das bisherige Recht eingeht, und zwar hauptsächlich auf das Preußische, während das gemeine Recht bei seiner unbestreitbar viel größeren Bedeutung für das Obligationenrecht dagegen zu sehr zurücktritt. Daneben ist auch die Entstehungsgeschichte des Gesetzbuches intensiv benutzt und mitgetheilt; leider nimmt Verfasser mitunter den Motiven gegenüber einen allzu abhängigen Standpunkt ein — das ergiebt sich nicht nur aus manchen Einzelpunkten, so auf S. 37 No. 2 (zu § 305), 211 No. 2 (zu § 670), 290 No. 3 (zu § 823), sondern sogar ganz offen aus der Einleitung S. X: das was die gesetzgebenden Faktoren gewollt haben „— und das ist maßgebend —" entnimmt man im Allgemeinen mit genügender Deutlichkeit aus den Motiven und Berathungen.

Freilich vertritt Verfasser auch vielfach, und zwar größtentheils mit Geschick, eigene Ansichten — indeß tritt die selbständige Interpretation namentlich im Detail der einzelnen Paragraphen im Ganzen zurück — das Buch dient mehr der Einführung und Information, als daß es seinen Stoff dogmatisch erschöpfte. Auch für die Konstruktion ist es in vielen Punkten unergiebig — über diejenige des Vorkaufs, des Wiederkaufes, zwei besonders schwierige Probleme, wird z. B. garnichts gesagt.

Als besonders gelungen möchte ich hervorheben die Bemerkungen über die, vom Verfasser mit Fug auch für das neue Recht anerkannte, exceptio doli, S. 4—5; über culpa in contrahendo, in der Meisner zutreffend ein vertragliches Verschulden sieht, S. 25; über Schenkungen durch abstrakte Versprechen, S. 140; über den Mäklervertrag, der im Allgemeinen auch den Mäkler (gegen Reuling) zum Handeln für den Auftraggeber verpflichten soll (S. 202).

Weniger einverstanden kann ich mich erklären mit der Auffassung der Miethe als eines dinglichen Rechts, S. 163, die Crome m. E. überzeugend widerlegt hat; derjenigen einer konsensualen Natur von Leihe und Darlehen, (S. 172, 221,) der subjektivistischen Auffassung der höheren Gewalt (S. 227).

Im Ganzen wird man nicht umhin können, das Buch, aus dem auch ein feines Verständniß für die sozialen Aufgaben des Rechts öfters erfreulich entgegentritt, als eine dankenswerthe und gelungene Leistung zu bezeichnen.

Eine eigenthümliche Popularisirung des Gesetzbuches versucht Reatz[22]) in einem Buche, das weder Kommentar noch Systematik ist, sondern eine Verbindung von eigener Erörterung mit nachfolgender wörtlicher Wiedergabe des Textes. Erstere ist so volksthümlich gehalten, als es bei der Sprödigkeit des Stoffes möglich war, und Verfasser hat vielfach einen recht glücklichen, frischen und faßlichen Ton getroffen, ohne doch der Korrektheit der Darstellung zu

[21]) Dr. J. Meisner, Oberlandesgerichtsrath: Das Recht der Schuldverhältnisse. Kommentar zum zweiten Buch des B. G.-B. Breslau, Marcus 1898. XVI u. 317 S. Pr. M. 5.

[22]) Justizrath Dr. Ferdinand Reatz, Das Bürgerliche Gesetzbuch, für das deutsche Volk erläutert. Gießen, Roth 1898. VIII und 555 S. Pr. M. 6.

schaden. Aber andererseits läßt diese das nöthige Gleichmaß in mitunter höchst auffälliger Weise vermissen; so sind den gerade für den „gemeinen Mann" so wichtigen unerlaubten Handlungen nur wenige Worte gewidmet, während das subtile und praktisch kaum bedeutsame Recht der Alternativobligationen auf mehreren Seiten breit ausgesponnen ist (S. 83, 85). Auch ist nicht alles Gegebene gemeinverständlich — ich verweise auf das über das abstrakte Versprechen (S. 185) Gesagte, sowie auf die auch einem Juristen höchst sonderbar klingende und dem „Volke" vollends am allerwenigsten einleuchtende Auffassung der nicht empfangsbedürftigen einseitigen Willenserklärung als einer, die man an sich selbst als Adressat richte (S. 35). Auch von seltsamen Ausdrücken — so S. 20: Stiftung ist eine Einrichtung zur Verwirklichung „edler" Zwecke S. 74: Schaden ist der Verlust an „irdischem Gut", und Trivialitäten, so S. 135 „schenken und beschenkt werden erzeugt meistentheils Freude" — hält sich das Buch nicht ganz frei.

Positive Verstöße fehlen zwar nicht ganz, sind aber immerhin selten. Und so kann man denn dem Buche als einem im Ganzen leidlich gelungenen Versuche, der Kenntnis unseres nationalen Rechts in weiteren Kreisen Eingang zu verschaffen, Glück auf seinen Weg wünschen!

Wenden wir uns nunmehr den systematischen Arbeiten zu, so verdient an erster Stelle der zweite Theil von Endemann's Einführung[23]) gewürdigt zu werden. Wie der erste, ist auch er so ungemein erweitert — von 87 auf 520 Seiten —, daß wir im Grunde ein ganz neues Werk vor uns haben, das auch an innerem Werth und Vertiefung der Auffassung gegenüber der ersten Auflage einen ungeheueren Fortschritt bedeutet. Endemann's Buch ist nicht nur mit anmuthender Klarheit geschrieben, sondern auch inhaltlich wohlgelungen; rühmend hervorheben muß man namentlich die stetige Anknüpfung an das bisherige Gemeine Recht und seine Litteratur — worin Endemann dem Werke von Cosack bedeutend überlegen ist, — die volle Stoffbeherrschung, den Reichthum an allgemeinen Gesichtspunkten. Solche finden sich vor allem in den Erörterungen über Rechtsgrund und Inhalt der Obligation S. 463 ff., wofür Vfr. m. E. mit Recht ein Vermögensinteresse fordert trotz § 241, über die Verträge gegen die guten Sitten, S. 433 ff., über die Kausalität, S. 568, deren Definition mir freilich allzuweit erscheint.

Aber auch für die Auslegung im Einzelnen bietet das Buch reiches Material; um nur zwei Punkte hervorzuheben, weise ich hin auf die Bemerkungen über die Grenzen der Vertragsfreiheit beim Miethsvertrag, S. 753, und die sehr beachtenswerthen und durchschlagenden über die künftige Bedeutung der Lotterieverbote, S. 856. Beifall verdienen dürfte u. a. noch die Auffassung der Aufrechnung S. 644 (die dafür geeigneten Forderungen erlöschen durch ihr

---

[23]) Prof. Dr. Fr. Endemann, Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuches. Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Dritte und vierte völlig neubearbeitete Auflage. Theil II: Recht der Schuldverhältnisse. Berlin, Carl Heymanns Verlag 1898. Bd. I S. 401—995. Preis M. 7,50.

Gegenübertreten kraft dispositiver Rechtsvorschrift; d. h. doch, wie ich schon in der vorigen Rundschau gegenüber Leonhard zu konstruiren versuchte, unter der Rechtsbedingung, daß die Aufrechnung geltend gemacht werde, cf. Bd. XIII S. 125). Ferner die fortdauernde Anerkennung der Realverträge, S. 449.

Natürlich kann auch der Widerspruch hier und da nicht fehlen, so gegenüber S. 407 Nr. 2; S. 419, wo die auf unmittelbare reale Leistung gerichteten Austauschverträge sehr mit Unrecht aus der Kategorie der Schuldverträge hinausgewiesen werden, eine Auffassung, die sich nur aus dem Außerachtlassen der auch bei ihnen vorhandenen, die Rechtsübertragungen erst stützenden und rechtfertigenden obligatorischen causa (s. meinen Vergleich S. 48) erklären läßt. Noch immer leugnet Endemann, wie schon früher, die Kausalität der Unterlassung, S. 586 ff. Auch seiner Konstruktion des Vorkaufsrechts kann ich nicht beistimmen, S. 531, ebensowenig seiner subjektivistischen Auffassung der höheren Gewalt, S. 843.

Bunsen's „Einführung"[24]) ist mit Band 2–3 vollständig geworden. Leider bietet sich mir dadurch kein Anlaß, das früher (XIII, 108) abgegebene ablehnende Urtheil erheblich zu modifiziren. Freilich macht der zweite Band zuerst einen Anlauf zu größerer Selbständigkeit und Originalität, z. B. S. 15 in der allgemeinen Darstellung des Grundbuchrechtes; aber bald verfällt Vfr. wieder in die bisherige Methode — er giebt nur eine Paraphrase des Gesetzestextes, oder gar eine wörtliche Reproduktion seiner Bestimmungen. Hervorhebung der prinzipiellen Gesichtspunkte, Konstruktion, historische Entwickelung — kurz die gerade für den Studirenden, für den Bunsen doch schreiben will, wichtigsten Gesichtspunkte fehlen, während die erschöpfende Wiedergabe des gesetzlichen Details für ihn nicht nothwendig gewesen wäre, ja in ihrem Uebermaß nur einer mechanischen und wissenschaftsfeindlichen Einpaukerei frommen kann. Wie eng sich Vfr. an das Gesetz anlehnt, ergiebt sich aus der für ein Lehrbuch doch ganz unzulässigen Weglassung aller derjenigen Institute des Sachenrechtes, die jenes nicht behandelt. Auch seine Argumentationen entnimmt Bunsen fast allein aus dem Gesetzestext; so wird in allem Ernst die Wortfassung des § 953 als dafür entscheidend bezeichnet, daß der Eigenthümer an den separirten Früchten keinen neuen Eigenthumserwerb mache (II, 91). Da auch Litteraturangaben und selbst Beispiele im Allgemeinen fehlen, bietet das Studium dieses Buches in keiner Weise erhebliche Vortheile neben dem dann doch vorzuziehenden des Gesetzestextes selbst.

Positive Verstöße habe ich zwar, wie ich gern anerkennen will, nur selten gefunden — aber gänzlich fehlen sie nicht (z. B. wird II S. 87 als Finderlohn einfach drei statt fünf vom Hundert angegeben, S. 115 wird kurzerhand nur der unmittelbare Besitzer als zur Eigenthumsklage passiv legitimirt bezeichnet,

---

[24]) F. Bunsen, Oberamtsrichter, Einführung in das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Ein Leitfaden zum Selbstunterricht. Bd. II: Sachenrecht; Bd. III: Familienrecht — Erbrecht — Sachregister. Rostock, Werther 1897/98. VI u. 256 bezw. X u. 500 S. Preis M. 3 bezw. 6 gebunden.

obwohl die Sache doch **mindestens** zweifelhaft und schon vielfach besprochen ist) ebensowenig wie unnütze Wiederholungen (II, 103, II vergl. mit 106, II).

Will Vfr. seinem Buche wirklichen Werth verleihen, so wird er nach alledem sich einer **ganz energischen** Umarbeitung nicht entziehen können.

Auch **Heilfron** hat, neben seinen bisherigen Repetitorien, ein Lehrbuch des B. G.B.[25]) begonnen, wobei ihn laut Vorwort das Bestreben leitete, „an einem Wendepunkt der deutschen Rechtsentwickelung den gegenwärtigen Rechtszustand festzuhalten und mit dem neuen Rechte zu vergleichen", und somit dem Lernenden den Weg zum neuen Rechte zu weisen. Daher giebt **Heilfron**, im wohlthuenden Gegensatz zu **Bunsen**, nicht nur Bürgerliches **Gesetzbuch**, sondern Bürgerliches **Recht**; er theilt bei den einzelnen Instituten ausführlich die historische Entwickelung mit, namentlich die römisch-rechtliche, und behandelt auch solche Materien, die, wie z. B. Gewohnheitsrecht, öffentliche Sachen, im Gesetzbuch selbst nicht berührt werden; ebenso, und zwar sehr ausführlich, die Lehre vom Geld, S. 310—341. Dadurch und überhaupt durch etwas breite Anlage, sowie durch starke Heranziehung des öffentlichen Rechts, cf. S. 182 ff., 284, 516, ist das Buch sehr umfassend geworden, was für seinen Zweck als Repetitorium kaum entsprechend erscheint, während ein Werk von selbständigem Werth dadurch doch nach der ganzen Anlage nicht hergestellt wird.

Im Uebrigen will ich der Arbeit nicht zu nahe treten; sie ist faßlich geschrieben und trägt im Allgemeinen korrekt die Ergebnisse der neuesten Forschungen in Anwendung auf die Bestimmungen des B. G.B. vor. Manches, wie die Erörterung S. 360 ff. über abstrakte und kausale Geschäfte, sowie die schon erwähnte über das Geld ist besonders gelungen, während gegenüber anderen Behauptungen Bedenken obwalten, so derjenigen, daß der Gesetzgeber über die Geltung des Gewohnheitsrechtes bindende Normen erlassen und somit seine Bildung wirksam untersagen könne, S. 25; der Identifizirung von subjektivem Recht und Befugniß, S. 74; der Annahme, die Römer hätten die Verschwender wie Geisteskranke angesehen, S. 143; der Leugnung der hereditas iacens für das römische Recht, da ein Erbe stets vorhanden, wenn auch noch nicht bekannt sei, S. 151. Unklar ist die Bemerkung S. 197 über Persönlichkeitsrechte, als welche **Heilfron** die „Besonderheiten" einer bestimmten Person ansieht, die zugleich als Rechtsobjekte(?) in Betracht kämen; inkorrekt das Referat über den Baseler Festungsstreit S. 280 — die „Eigenthumstheorie" mußte doch gerade zur Zubilligung einer Entschädigungssumme an **Baselland** führen. Auch über die lex julia de fundo dotali finden sich (S. 299) nur halb richtige Vorstellungen.

Indeß sind das alles leicht zu hebende Ausstellungen; im Ganzen scheint mir das Buch allen an eine derartige Arbeit billigerweise zu stellenden Anforderungen zu genügen.

---

[25]) A.-R. Dr. E. **Heilfron**, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches. Abtheilung I: Allgemeiner Theil. Berlin, Speyer u. Peters 1897. X u. 669 S. Preis M. 7 gebunden.

Einen besonderen Plan verfolgt die Schrift von Krückmann.[26]) Sie ist zu ausgesprochen didaktischen Zwecken für Anfänger verfaßt. Darum glaubt Vfr. auch immer thunlichst vom Besonderen ausgehen zu müssen; seine Methode zeigt sich am deutlichsten im Obligationenrecht, wo er die einzelnen Schuldverhältnisse vor den allgemeinen Lehren behandelt. Im Gegensatz zu diesen sehr ausführlichen Erörterungen werden die doch mindestens ebenso schwierigen Probleme des Sachenrechts mit etwas auffälliger Kürze abgethan. Die Darstellung ist stets mit, meistens nicht ungeschickt und bisweilen geradezu vortrefflich gewählten, Beispielen gewürzt und so gehalten, daß sie thunlichst wenig Vorkenntnisse voraussetzt und an den Leser außerordentlich geringe Anforderungen stellt. Das Gegebene ist meist korrekt und zeigt eine erfreuliche Beherrschung des Stoffes sowie ein gesundes Rechtsgefühl; nur in wenigen Punkten muß ich widersprechen; so vergißt die auf § 89 B. G.B. aufgebaute, offenbar an eine bekannte und mit Recht angefochtene Reichsgerichtsentscheidung anknüpfende Erörterung S. 73, daß laut Einf.G. Art. 77 die Haftung des Staates für von Beamten in Ausübung der ihnen anvertrauten öffentlichen Gewalt verursachten Schaden sich auch hinfort nach den Bundesgesetzen regelt. Das S. 135 Gesagte (die Zahlung aus ihnen sei nicht verboten) wird der Bedeutung der Naturalobligationen nicht gerecht. Die Identifizirung von Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung und Rücktrittsrecht (S. 199) ist unrichtig. Die Definition des objektiven Rechts S. 14 bleibt zu eng, da dasselbe mit nichten in der Schaffung subjektiver Rechte aufgeht; die Bedeutung der Rechtsgewohnheit wird S. 25 nicht ausreichend gewürdigt.

Für den Vorgeschritteneren kann und soll das Buch natürlich nicht viel bieten; indeß werden neben den Beispielen doch auch einzelne Partien, wie die über das Recht der Persönlichkeit S. 73 ff., von Werth sein. Für den Anfänger andererseits kann es in mancher Beziehung gute Dienste leisten — der Erfolg wird hier der beste Kritiker sein. Ich für meine Person, und nicht etwa nur ich allein, stehe freilich der Grundidee, Institutionen des Bürgerlichen Gesetzbuches zu schreiben und zu lesen, kühl bis ans Herz hinan gegenüber. Um der cupida legum juventus die juristischen Grundbegriffe beizubringen, dient neben und vor der Systematik des römischen Rechts die Einführung in die Rechtswissenschaft (Encyklopädie), die bei richtiger Anlage ungemein segensreich wirken kann, wenn sie auch Vfr. in der seinen Plan begründenden Vorrede ganz übergeht. Die ganze Studienordnung nur auf das B.G.B. zuzuschneiden und den Studenten dies zwei Mal hören zu lassen, deucht mir bedenklich, ja verhängnißvoll. Im strikten Gegensatz zum Vfr. erachte ich das römische Recht mit seinen klaren, scharf ausgemeißelten Begriffen für den auch in Zukunft einzig angemessenen Eck- und Ausgangspunkt des Rechtsstudiums, für den

---

[26]) Privatdozent Dr. Paul Krückmann, Institutionen des Bürgerlichen Gesetzbuches. Theil I: Einführung, Personenrecht, Schuldverhältnisse, Sachenrecht. Göttingen, Vandenhoeck u. Ruprecht, 1897. XXIII und 277 Seiten. Preis M. 5,40.

Ungeschulten viel leichter verständlich als die komplizirten und abstrakten Paragraphen unseres neuen Gesetzbuches. Doch das alles näher auszuführen, ist hier nicht der Platz — qui vivra verra.

Nur didaktischen Werth, zur Selbstvorbereitung auf die Referendariatsprüfung, kann und will das kleine Buch von Bender[27]) haben. Es giebt im ersten Theil eine knappe, aber das Wichtigste berücksichtigende und recht übersichtlich gehaltene Darstellung vom Inhalt des Allgemeinen Theiles des B.G.B., und wirft in Teil II als Examinatorium 481 Fragen dazu auf. Wie ich aus meiner eigenen Studienzeit weiß, kann diese Methode für den Jünger der Rechtswissenschaft zur Befestigung seines Wissens und zur Selbstprüfung von großem Nutzen sein, namentlich wenn er sich an schriftliche Ausarbeitung der — in Bender's Buche meist geschickt und präzis formulirten — Fragen gewöhnt. In diesem Sinne mag die kleine Arbeit empfohlen sein.

Eine weitere Gruppe systematischer Werke geht für die Darstellung des neuen Rechts speziell von einem der vorhandenen großen Rechtsgebiete aus, theils des Gemeinen, theils des Preußischen, theils des Französischen:

1. Drei Arbeiten von v. Buchka, Kuhlenbeck und Engelmann[28]) legen das Gemeine Recht zu Grunde. Von ihnen liegt das Buchka'sche Werk bereits fertig vor. Es folgt in ziemlich ausführlicher Darstellung in der allgemeinen Anordnung wie im Einzelnen durchaus dem Vorbilde des Gesetzes, sodaß es den Inhalt wohl sämmtlicher Paragraphen desselben im Wesentlichen vollständig mittheilt, mitunter nur mit sehr geringen wörtlichen Abweichungen vom Text. Ist dadurch das mitgetheilte Material sehr reichhaltig, so treten doch bei solcher Methode die allgemeinen Prinzipien stark zurück, obwohl es bei einer Einführung in die Eigenart des Gesetzbuches auf diese mehr angekommen wäre, als auf die Wiedergabe der aus dem Gesetzestext selbst ebenso gut zu entnehmenden Details. Charakteristisch für das Buch ist das über das Gewohnheitsrecht Gesagte oder vielmehr Nichtgesagte: Buchka stellt S. 2 einfach fest, daß das Gesetzbuch darüber, wie über die Grundsätze der Interpretation und Analogie, nichts enthalte!

---

[27]) J. Bender, Bürgerliches Gesetzbuch. Repetitorium und Examinatorium. Heft I: Einleitung — Allgemeiner Theil. Leipzig, Georg H. Wigand 1897. 111 S. Preis M. 2.

[28]) O.L.G.R. Dr. G. v. Buchka, Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich und des Gemeinen Rechts. Berlin, Liebmann 1897. XI u. 508 S. Preis geb. M. 9. — R.-A. Dr. L. Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Eine dogmatische Einführung in das Studium des Bürgerlichen Rechts. Theil I. Berlin, Carl Heymanns Verlag 1898. XIV u. 587 S. Preis M. 12. — O.L.G.R. A. Engelmann, Das alte und das neue Bürgerliche Recht Deutschlands mit Einschluß des Handelsrechts. Heft 1. Berlin, J. J. Heines Verlag 1897. 160 S. Preis M. 2,50.

Ist somit die gewählte Methode bedenklich und jedenfalls wissenschaftlich unergiebig, so muß andererseits festgestellt werden, daß Verfasser das ihm vom Reichstag her, wo er als Berichterstatter der Kommission fungirte, geläufige Gesetzbuch in seinen Einzelheiten vortrefflich beherrscht. Ebenso sind seine Angaben über das gemeine Recht, gestützt vornehmlich auf die Praxis, auf Windscheid und Dernburg, fast ausnahmlos zuverlässig. Zu weit geht der Satz (S. 28), wonach die neuere Theorie dem Gegner des Irrenden einen Anspruch auf das negative Vertragsinteresse gebe, was doch nur für den Fall des kulposen Irrthums zutrifft.

Einen ganz anderen, ja diametral entgegengesetzten Charakter hat Kuhlenbeck's Arbeit, von der der Allgemeine Theil in sehr ausführlicher Darstellung vorliegt. Verfasser will darin kein eigentliches System oder Lehrbuch geben, sondern in einer ungezwungenen, aber nicht systemlosen Reihenfolge von Aufsätzen das bisherige Pandektenrecht mit dem neuen Rechte vergleichen. Bei dieser Methode konnten die allgemeinen Gesichtspunkte mehr zu ihrem Recht kommen, als in den anderen vorliegenden Bearbeitungen, während für die detaillirte Dogmatik der einzelnen Gesetzesparagraphen verhältnißmäßig nur wenig abfällt. Trotzdem ist das Buch nach der Absicht des Verfassers weniger für Theoretiker geschrieben, denen es auch trotz mancher interessanter und selbständiger, durchweg im Geiste des Jhering'schen Zweckgedankens gehaltener, Ausführungen im Vergleich mit seinem großen Umfang nicht so viel Neues bietet, als für den Praktiker, den es anregen und im Gegensatz zu einer zu befürchtenden öden Paragraphenjurisprudenz mit dem „wissenschaftlichen Geist“ erfüllen soll. Eine Aufgabe, in der That des Schweißes der Edlen werth! Ist doch der vom Verfasser im Vorwort mit warmen und herzerfreuenden Worten gepredigte Kampf gegen die moderne „öde Scholastik“ des Positivismus eine der wichtigsten Aufgaben einer neuen echten Wissenschaft des bürgerlichen Rechts; dazu ist das vorliegende Werk Kuhlenbeck's ein um so werthvollerer Bundesgenosse, als Verfasser leicht und gewandt zu schreiben versteht, die bisherige Litteratur und Judikatur befriedigend beherrscht und mit beachtenswerther Begründung seine meist beifallswürdigen Anschauungen zu vertreten weiß. Mit besonderer Liebe und Ausgiebigkeit ist die Lehre vom Geschäftswillen und seinen Mängeln, namentlich vom Irrthum, behandelt. Gerade hier finden sich auch sehr beachtenswerthe, freilich für den Buchstabeninterpreten bedenkliche Beiträge zur Auslegung einzelner Paragraphen des Gesetzbuches. Aus der Stellvertretungslehre ist das zu § 166 (S. 477/8) und das über das Erlöschen der Vollmacht bei eintretender Geschäftsunfähigkeit des Ertheilers Gesagte (S. 492) bedeutsam, nicht minder sind es die Bemerkungen (S. 504) zu § 180 B. G.B. In der bekannten Kontroverse zwischen Eck und Planck wegen § 164² nimmt Verfasser, wohl mit Recht, für ersteren Partei.

Allerdings kann auch häufig der Widerspruch nicht ausbleiben; so gegenüber den Erörterungen über die juristischen Personen, die letztlich auf eine neue Nuance der alten, schon glücklich überwunden gewähnten Fiktionstheorie hinauslaufen (S. 173, 176, 182). Unrichtig ist m. E. auch die Bestreitung

des Vertragscharakters der Schenkung (S. 250), zumal für das B.G.B., nicht minder die überraschende, durch eine sonst allgemein als verfehlt anerkannte Arbeit Kindel's beeinflußte Behauptung, es sei kein Rechtsgeschäft ohne Rechtsgrund denkbar und gültig, gewisse Formalakte kehrten nur die Beweislast um (S. 321). Zu weit geht die Behauptung (S. 459), daß der Anspruch aus dem dolus nach dem B.G.B. ähnlich wie die römische actio quod metus gegen jeden gehe, der einen Vortheil aus dem fr. Akt erlangt. Um noch einen anderen Detailpunkt zu erwähnen, so findet sich (S. 92) eine abwegige und selbst durch den Wortlaut nicht gerechtfertigte Interpretation des § 1348, der offenbar nur wegen eines wirklichen Nochamlebenseins des für todt Erklärten eine Nichtigkeit der neuen Ehe in Frage kommen läßt.

Engelmann behandelt im ersten Heft seiner Arbeit den Allgemeinen Theil und den Beginn der als besondere Gruppe von ihm vorgeführten Persönlichkeitsrechte. Die Arbeit beruht auf historischer, vorwiegend gemeinrechtlicher Grundlage und stellt das gesammte Privatrecht — wie Heilfron —, sogar mit Einbeziehung des Handels- und Urheberrechts, dar, ebenso auch das materielle Prozeßrecht. Ebensowenig wie die bekannte Arbeit des Verfassers über das Preußische Recht, verfolgt das gegenwärtige, auf einen verhältnißmäßig knappen Umfang berechnete Buch selbständige wissenschaftliche Zwecke, dient vielmehr vorzugsweise der ersten Einführung für den jungen Juristen. Aber dieses begrenzte Programm dürfte es, soweit man nach dem bisher Erschienenen urtheilen kann, befriedigend erfüllen, besser vielleicht als eine der bisher erschienenen Konkurrenzschriften; denn Verfasser steht durchaus auf der Höhe der modernen Wissenschaft, und trägt ihre Resultate unter Bezugnahme auf die maßgeblichste Litteratur, öfters mit selbständiger Auffassung und eigener Begründung, in präziser und durch Klarheit und Uebersichtlichkeit ausgezeichneter Weise vor. So kann das Werkchen dem Studirenden für den gedachten Zweck empfohlen werden.

Opponiren muß ich, um nur einen Punkt zu erwähnen, der Auffassung des § 161 (S. 118). Der bedingte Kauf als bloß obligatorischer Akt macht eine weitere Verfügung des Veräußerers über die Kaufsache mit nichten unwirksam, „soweit dadurch das Recht des bedingten Erwerbers verletzt wird." Das vermöchte doch nur die bedingte Tradition. Die Auffassung Engelmann's würde angesichts der Ablehnung des ius ad rem dem bedingten Kausalgeschäft größere Wirkung geben, als dem unbedingten.

2) Drei andere Arbeiten behandeln das neue Recht in vergleichender Darstellung vom landrechtlichen Standpunkt aus.[29]) Von ihnen liegt eine,

[29]) L.-G. Dir. Dr. Wanjeck, Preußisches und deutsches Civilrecht. Berlin, H. W. Müller 1897. 370 S. Pr. geb. Mk. 7,50. — R. Anwälte E. Goldmann und L. Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Systematisch dargestellt nach der Legalordnung des allgemeinen Landrechts, Erstes Heft. Berlin, J. J. Heine 1897. 176 S. — A.-G. Rath Dr. E. Riebel, das Bürgerliche Gesetzbuch in Vergleichung mit dem Preußischen Recht. Liefer. 1—5. Berlin, Siemenroth & Troschel 1896/7. Zus. 384 S. Pr. M. 5.

aus der Feder von Wanjeck, bereits vollendet vor. Sie ist knapp gehalten, geht nicht auf die Litteratur und auf kontroverse Einzelpunkte näher ein, sondern beschränkt sich darauf, in der Reihenfolge des Landrechts dessen und dann ihnen gegenüber des B. G. B. einschlägige Bestimmungen in den Hauptpunkten vorzuführen. Durch diese Aenderung — und dasselbe gilt auch von dem gleich zu besprechenden Werke Goldmann's und Lilienthal's — mag die Benutzung für den landrechtlichen Praktiker erleichtert werden; die Uebersicht über das neue Recht als solches aber dürfte damit mindestens in demselben Maße erschwert werden. Uebrigens ist die Arbeit ihrem wesentlich informatorischen Zweck durchaus entsprechend und unterscheidet sich von manchen andern in der diesmaligen Rundschau besprochenen zu ihrem Vortheil dadurch, daß sie unter Verzicht auf die Masse des Details die leitenden Prinzipien überall mit Erfolg herauszustellen unternimmt. Als Produkt einer ernsten wissenschaftlichen Vertiefung in den neuen Rechtsstoff verdient sie somit alle Anerkennung, und wird namentlich dem Praktiker zum Studium empfohlen werden können.

Bisweilen tritt freilich eine allzu große Abhängigkeit gegenüber den Materialien zu Tage, so wenn Wanjeck die Frage nach der Natur der Haftung wegen culpa in contrahendo einfach dahingestellt sein läßt, weil das die Motive thun (S. 52). Die Behauptung (S. 57), nach dem B. G. B. sei vom Besitzwillen überall nicht mehr die Rede, trifft nicht das Richtige. Zu eng ist die Begründung der condictio, deren Wesen Wanjeck allein in der Funktion der Ausgleichung zwischen dem formellen und materiellen Recht sucht (S. 180). Unpassend ist der Ausdruck (S. 260), der Erwerber succediere von Amtswegen in die Rechte und Pflichten des Vermiethers.

Von Goldmann-Lilienthal's weit umfassenderer Arbeit behandelt Lieferung 1 die Titel I—V, § 913 des Landrechts, folgt also ebenfalls dessen System. Wir haben es hier mit einer sauberen und vortrefflichen Leistung zu thun, die auch dem nicht landrechtlichen Juristen, noch mehr natürlich seinem landrechtlichen Fachgenossen, reiche Förderung und vielen Genuß beim Studium bieten wird. Durch Selbständigkeit der Auffassung, Reichhaltigkeit und geschickte Auswahl der Beispiele, Klarheit und Uebersichtlichkeit der Darstellung erringt sich die Arbeit einen Platz unter den besten bisherigen Schriften über das neue Recht.

Von Einzelheiten scheinen mir besonders beachtenswerth die Erörterungen: über den Vorsatz und die „Böswilligkeit" im Sinne des B. G. B. (S. 61); über den Irrthum (S. 89) und namentlich dort Anmerkung 1; die Polemik gegen Planck (S. 115 Nr. 3) und die gegen Cosack (S. 165) in Sachen des § 279 B. G. B. — Nicht einverstanden bin ich mit den Erörterungen über das Gewohnheitsrecht (S. 5), dem die Verfasser etwas sehr von obenhin die derogatorische Kraft abzusprechen belieben. Am Bienenschwarm nehme ich gegenüber Goldmann-Lilienthal (S. 48) ein einheitliches Eigenthum an, da die einzelne Biene im Rechtsverkehr nicht als Individuum in Betracht kommt. Die Erörterung über die Lotterieverbote (S. 70 No. 2) läßt die Einwirkung des § 763 unberücksichtigt. Widerspruch erweckt auch der Satz (S. 75), wonach das Gesetz auch beim nicht entmündigten Geisteskranken keine lucida intervalla anerkenne.

Doch das sind alles Punkte, über die sich streiten läßt; von wirklichen Verstößen hält sich die sehr solide Arbeit durchaus frei.

Für weniger bedeutsam kann ich trotz aller Anerkennung des aufgewendeten Fleißes die Schrift von Riebel erachten. Sie folgt im Gegensatz zu den beiden eben besprochenen dem System des Gesetzbuches selbst, erledigt aber trotz des zuerst nur auf 10 Lieferungen berechneten Umfanges in den ersten fünf noch nicht einmal annähernd den Allgemeinen Theil. Das erklärt sich insbesondere durch die fast monographische Breite der Darstellung des Rechtes der Vereine und Stiftungen, das bisher die pièce de résistance des Buches bildet. Hier ist Verfasser ausführlicher als alle anderen vorliegenden Arbeiten.

Riebels Arbeit bekundet eine anerkennenswerthe Beherrschung des Stoffes, Belesenheit und eine nicht üble Darstellungsgabe, der freilich mitunter die begriffliche Schärfe fehlt. Auch mit eigenen Ansichten tritt Verfasser wiederholt hervor; sie sind manchmal beachtenswerth, bisweilen aber auch anfechtbar und lassen in der Begründung mehrfach zu wünschen übrig. Nicht beistimmen kann ich z. B. der gegen Eck gerichteten Ausführung über „sozialpolitische Vereine" (S. 95); der Behauptung, dem die Stiftung genehmigenden Akt wohne nicht nur konfirmatorische, sondern konstitutive Kraft inne (S. 202); der Identifizirung von Rechtsobjekt und Sache (S. 231). Dagegen scheinen mir billigenswerth die Vertheidigung des Schutzes der Pseudonyme (S. 56); die Annahme einer Anerkennung der organischen Theorie für die juristischen Personen im B.G.B. (S. 77); die einer einseitigen Natur des Stiftungsgeschäftes; die Leugnung der Sachqualität des elektrischen Stromes und anderes mehr.

Nur noch eine kleine Ausstellung formaler Natur: warum schreibt Verfasser immer: pro non scriptum (statt scripto); Kathegorie (S. 332, 368); liberatorisch (unentgeltlich, S. 193)?

3) Das französische Civilrecht des Code nehmen zum Ausgangspunkt die Arbeiten von Barre und Förtsch[30]). Von Barre's Buch, dessen erste Auflage ich bereits in Bd. XIII (S. 111) besprochen habe, ist inzwischen eine zweite erschienen, die eine Vermehrung um etwa 30 Seiten aufweist und auch sonst mehrfachen Aenderungen unterzogen ist. Dadurch hat Verfasser die gegen die erste Auflage geäußerten Bedenken zum Theil beseitigt, so sind die „Hafen" aus § 126 nunmehr verschwunden. Aber nicht alles Bedenkliche ist ausgemerzt: auf S. 75 finde ich noch immer das hier sinnlose Wort „Nennwert", während der § 1017 doch von einem Stammwerth redet, ebenso S. 77 „Kollusion" statt Konfusion.

[30]) L.-Ger. E. Barre, Bürgerliches Gesetzbuch und Code civil Vergleichende Darstellung des deutschen und französischen Bürgerlichen Gesetzbuches. Zweite, umgearbeitete Auflage. Berlin, Carl Heymanns Verlag 1897. X und 328 S. Pr. M. 6. — R. Förtsch, Reichsgerichtsrath: Vergleichende Darstellung des Code civil und des Bürgerlichen Gesetzbuches f. d. Deutsche Reich. Berlin, O. Liebmann 1897. XI und 369 S. Pr. geb. M. 7.

Gerade da das Buch als erste Einführung in das neue Gesetzbuch speziell für den Kenner des französischen Rechts, und nicht allein für ihn, Werth besitzt, und seine Brauchbarkeit dafür auch bereits durch den bisherigen buchhändlerischen Erfolg bewährt hat, sollte der Verfasser ernstlich bemüht sein, solche zwar an sich kleinen, aber doch störenden Fehler auszumerzen!

Viel ausschließlicher noch ist das sonst in Umfang und Werth ähnliche Werk von Förtsch für die Juristen aus dem Gebiete des Code bestimmt. Es folgt sogar der Legalordnung dieses Gesetzbuches, was für das Verständniß des neuen Rechts selbst schwerlich als fördernd anerkannt werden dürfte. Uebrigens scheint mir die Arbeit, soweit ich sie habe prüfen können, sorgfältig und wohlgelungen. Die äußere Ausstattung ist, wie bei dem eben erwähnten Buchkaschen Werk, zu dem das von Förtsch ein Seitenstück bilden soll, durch Geschmack und Eleganz besonders ausgezeichnet.

Keine Systematik des B.G.B., sondern nur Vorträge über einzelne Partien desselben in freier Auswahl giebt Hachenburg[31]). Wir haben darin ein Werk von hervorragendem wissenschaftlichen Werth vor uns, das in Selbständigkeit der Auffassung, großer, öfters reichlich zugespitzter juristischer Schärfe und vollster Durchdringung des Stoffes einen Ehrenplatz in der Litteratur des neuen Rechtes verdient. Freilich sind die Ausführungen des Verfassers in ihrer kurzen und oft etwas aphoristischen Art mehr anregend, als abschließend, auch durch die sehr abstrakte Darstellungsweise bisweilen ziemlich schwer verständlich.

Die Vorträge behandeln insgesammt sechs verschiedene Materien: 1) Den Geist des B.G.B.; 2) Leben und Tod des Menschen; 3) Die Verschiedenheit der Menschen und ihre Rechtsfolgen; 4) Das Vereinsrecht; 5) Hypotheken, Grundschuld, Rentenschuld; 6) Die Rechtsstellung des Erben.

Der erste Vortrag (oder Vortragsreihe) hebt als leitende Gedanken im neuen Recht hervor: den dasselbe ganz durchziehenden, namentlich für die Verträge allgemein als maßgeblich erklärten und sich auch im Chikaneverbot wiederspiegelnden Gesichtspunkt von Treu und Glauben. Ferner den des Schutzes des gutgläubigen Erwerbs, den Hachenburg in interessante Parallele bringt mit dem Ersatzanspruch gegen den wegen Irrthums ein Geschäft anfechtenden Gegenkontrahenten (S. 43).

Während die zweite Abhandlung im Ganzen wenig Neues bietet — die Annahme subjektloser Rechte (S. 70) ist von bestenfalls problematischem Werth — ist das bei der dritten anders. Hier finden sich geistvolle Gedanken über das Prinzip der Verwaltungsgemeinschaft, cf. S. 114: Die Verwaltung des Mannes sei mehr eine Verwahrung, und die Gemeinschaft selbst hieße besser Verfügungsgemeinschaft. „Beiden gemeinsam, Mann und Frau zur gesammten Hand, steht die Disposition über das Vermögen der Frau zu. Für

[31]) R.-A. Dr. M. Hachenburg, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Vorträge, gehalten i. d. Jahren 1896/97. Mannheim, Bensheimer 1898. 454 S. Pr. M. 9,60.

den Mann der Ertrag, aber das Vermögen selbst für die Frau, und, um dies zu erreichen, die Gemeinschaft der Verfügung". Im Einzelnen wird das Recht des Mannes zur Einziehung der Forderungen des Eingebrachten sorgfältig untersucht und schließlich verneint (S. 115 ff.)

In demselben Abschnitt findet sich die nach Planck's Nachweisungen nunmehr als falsch anzusehende Behauptung, daß die in § 823 genannten Lebensgüter vom Gesetz endgültig als subjektive Rechte prädizirt seien (S. 154). Im vierten wird u. a. dargethan, daß der Konkurs des Vereins in Wahrheit auch seine Auflösung stets zur Folge habe (S. 209) — gegen Fischer-Henle.

Von großer Bedeutung sind die beiden letzten, dem Autor bereits durch frühere vielbeachtete Arbeiten auf den fr. Gebieten besonders naheliegenden Abschnitte. Hier handelt er u. a. über die Eigenthümerhypothek (S. 246), über das Verhältniß von Hypothek und Grundschuld (S. 257). Bedenkliche und kaum haltbare Anschauungen bringt Hachenburg über den Hypothekenbrief vor (S. 312): er sei lediglich der Vertreter des Grundbuchblattes, könne also nicht mehr Recht geben, als der Vertretene habe.

Mit vielem Scharfsinn, aber doch m. E. im Resultat nicht überzeugend, will Verfasser gegen Strohal und Wendt darthun, daß die Haftung des Erben grundsätzlich auf den Nachlaß beschränkt sei (S. 367, 406); daneben finden sich im letzten Abschnitt eine Reihe besonders interessanter und gelungener Interpretationen von einzelnen Paragraphen, s. z. B. S. 386, 393, 410 (Haftung der Erbenmehrheit), dagegen beruhen die Ausführungen (S. 364) über die Wirkung der Ausschlagung seitens eines Theilerben des ersten Erben auf einer m. E. durchaus unzutreffenden Auffassung des § 1953: indem danach der Anfall an jenen als gar nicht erfolgt gilt, fällt nunmehr die frei gewordene Quote an seine Miterben.

---

b) Allgemeiner Theil.

Wie Hachenburg, hat auch Hellmann[32]) seine Vorträge über das B.G.B. publizirt. Aber die Anlage beider Arbeiten ist eine ganz verschiedene. Während jener einzelne Materien, aber aus allen Theilen des Gesetzbuches, behandelt, erörtert Hellmann bisher nur den Allgemeinen Theil, diesen aber vollständig. Auch diese Vorträge sind anregend und recht dankenswerth; sie begnügen sich nicht mit der Vorführung des positiven Materials, sondern gehen auch fast überall auf die juristische Konstruktion ein, so auf die wichtige, vom Verfasser mit Fug bejahte, Frage nach der fortdauernden Existenz der rechtsverfolgenden Einrede (S. 199 ff.). Andere besonders beachtenswerthe Untersuchungen betreffen das fehlerhafte Geschäft im Falle der Stellvertretung (S. 146 ff.); Irrthum und Unkenntniß als That-

[32]) Prof. Fr. Hellmann, Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch f. d. Deutsche Reich. Allgemeiner Theil. Freiburg, J. C. B. Mohr. IV. u. 241 S. Pr. M. 5.

bestandsmomente (S. 148 ff.); den Unterschied der Willenserklärungen von den von Hellmann mit einem geschickten Ausdruck so genannten Willensverwirklichungen (S. 62). Endlich sei als eine die Brauchbarkeit des Buches erhöhende Eigenthümlichkeit hervorgehoben, daß Verfasser fast überall eine reichhaltige Sammlung von Anwendungsfällen der allgemeinen Lehren aus den besonderen Theilen des Gesetzbuches mitzutheilen weiß.

Nicht einverstanden bin ich mit der Leugnung des Namensschutzes für Pseudonyme (S. 5), sowie mit der Formulirung der „Ausnahme" für die Verschollenheitsfrist (S. 7): die letzten Nachrichten dürfen auch aus einem früheren Lebensjahre als dem 65. stammen, wenn der für todt zu Erklärende nur jetzt mindestens 70 Jahre zählen würde; das ist bei sinngemäßer Anwendung des § 14 m. E. doch zweifellos.

Dem internationalen Privatrecht des B. G.B. widmet Barazetti[33]) eine eigene Untersuchung, die ich trotz des aufgewendeten Fleißes für sonderlich bedeutend nicht erachten kann. Denn wissenschaftlich hängt Barazetti fast vollständig von Niemeyer's Arbeiten ab; zur bloßen Information aber ist seine Schrift zu breit und unübersichtlich angelegt; selbst einige beachtenswerthe Einzelausführungen gehen bei der Darstellungsweise nahezu verloren.

Dazu kommt ein grundsätzliches Bedenken: Verfasser faßt die fast ausnahmslos nur als einseitige Kollisionsnormen (zur Abgrenzung des Herrschaftsbereiches unseres Rechtes) gegebenen Sätze des E. G. zum B. G.B. als Ausfluß allgemeiner Prinzipien auf, die auch auf das Verhältniß der mehreren ausländischen Rechtsnormen untereinander analog anwendbar seien. Dies ist um so zweifelhafter, als manche jener Artikel, z. B. die partielle Anerkennung der Rückverweisung, ganz evident auf einer positiven Begünstigung der Anwendbarkeit unseres Rechts beruhen. Hätte man in jenen Bestimmungen allgemeine Prinzipien aufstellen wollen, so würde man sich schwerlich auf die vollzogene Sonderregelung beschränkt haben. So wird man denn wohl mehr, als es Verfasser und mit ihm zur Zeit die Meisten thun, die Regeln des internationalen Privatrechts nach wie vor aus allgemeinen Prinzipien zu gewinnen trachten müssen: wie sie uns ja auch Zitelmann nunmehr in so vortrefflicher Weise entwickelt, während die Art, wie Barazetti z. B. (S. 55) das Recht des Erfüllungsortes als maßgebend für die Beurtheilung der Obligationen gewinnt, recht eigenthümlich und oberflächlich genannt werden muß.

Eine gediegene und umfassende Studie über das Namenrecht des B. G.B. verdanken wir der fleißigen Feder Opet's.[34]) Von den drei Theorien, auf denen man bisher das Recht auf den Namen aufzubauen unternommen

---

[33]) Prof. Dr. E. Barazetti, Das internationale Privatrecht im bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Hannover, Helwing 1897. 123 S. Pr. M. 2,80.

[34]) Pr.=Doc. Dr. Otto Opet, Das Namenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Archiv f. d. civ. Praxis Bd. 87 S. 313—409.

hat — der Eigenthums-, Familienrechts- und Persönlichkeitsrechtstheorie, hat das B. G.B. sich offenbar der letzten angeschlossen (S. 406 ff.), wie sich schon äußerlich durch die Aufnahme des § 12 in den Allgemeinen Theil ergiebt. Was aus diesem einen simplen Paragraphen ernste Wissenschaft alles machen kann, davon giebt dieser Aufsatz einen höchst erfreulichen Beweis. Von Einzelheiten sei nur erwähnt, daß Opet auch das Pseudonym geschützt sein läßt (S. 328), siehe die näheren Ausführungen S. 354, dagegen nicht die Namen der juristischen Personen (S. 374): dies wegen der Stellung des § 12 beim Recht der physischen Person — ein etwas gebrechliches Beweismoment, das die Möglichkeit der Analogie außer Acht läßt. Ein Verzicht auf den Namen soll nicht zulässig sein (S. 372).

Das Vereinsrecht wird in zwei besonderen kleinen Schriften behandelt — von Staudinger und Riedel.[35]) Jene giebt unter Bezugnahme auf die bisherige Litteratur eine kurze orientirende Darstellung, die ganz zuverlässig, aber wissenschaftlich ohne Belang ist. Nur hier und da finden sich selbständige Ausführungen, so (S. 35) über das Verhältniß nicht rechtsfähiger Vereine zu bloßen Gesellschaften, so (S. 60) über den Umfang der amtsgerichtlichen Prüfung. Entgegen S. 66 erachte ich die katholischen und evangelischen Arbeitervereine für religiöse oder sozialpolitische Vereine.

Der Vortrag Riedel's behandelt auf ungefähr dem gleichen Raum auch noch die Stiftungen; er bildet, mehr als Staudinger auf die konstruktionellen Fragen und das bisherige (Preußische) Recht eingehend, im Allgemeinen eine verkürzende Wiedergabe des in dem oben erwähnten Werke des Verfassers Mitgetheilten. Es finden sich daher auch hier dieselben, nicht in allen Punkten — so nicht in der Auffassung der sozialpolitischen Vereine — beifallswerthen Ideen wie dort.

Ein kleiner Aufsatz von Tränkner[36]) hat die Form der Rechtsgeschäfte zum Gegenstand; er beschränkt sich, ohne weiteres Eingehen auf die einzelnen dem Formzwang unterliegenden Akte, auf einen Ueberblick über Bedeutung und Tragweite der betreffenden Vorschriften. Es kommen dabei vier Gruppen in Betracht: Schriftlichkeit, öffentliche Beglaubigung, gerichtliche oder notarielle Beurkundung und endlich ebensolche Errichtung. Das Verhältniß dieser Formen und ihre wichtigsten Anwendungsfälle werden kurz und übersichtlich vorgeführt. Weitaus am ausführlichsten und bedeutsamsten ist dabei die Erörterung über die Testamentsform, nächstdem die über den dinglichen Vertrag und das Verhältniß der §§ 873 zu 925 und 1015, s. S. 337 ff.

[35]) Sen.-Präs. Dr. J. v. Staudinger, Das Vereinsrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Mit dem einschlägigen Gesetzestexte. Erlangen, Palm & Enke 1897. 83 S. Pr. M. 1,20. — A. R. Dr. Riedel, Die Gestaltung der juristischen Personen des Bürgerlichen Gesetzbuches. Vortrag der Berliner juristischen Gesellschaft. Berlin, Siemenroth & Troschel 1897. 42 S. Pr. M. 1.

[36]) Oberjustizrath Tränkner, Die Form der Rechtsgeschäfte nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. Sächs. Archiv f. bürg. R. Bd. 7 S. 321—58.

Kurz und wissenschaftlich wenig ergiebig sind Tentler's Bemerkungen über die Versteigerung.[37]) Er verwirft für das Gemeine Recht die Befreiung des Bieters durch die bloße Abgabe eines Uebergebots, und tadelt den entgegengesetzten § 156 des B.G.B.

Ungleich bedeutsamer ist eine andere, weit über dem Durchschnitt der Dissertationen stehende Erstlingsarbeit von Titze.[38]) Sie behandelt die reizvolle und in den letzten Jahren so vielfach und glücklich in Angriff genommene Lehre vom Nothstand in drei Kapiteln: Die Begriffe von Nothwehr und Nothstand, Geschichte der Nothstandsrechte, Behandlung der Nothstandsfälle im B.G.B. In allen drei Theilen zeigt sich gleichmäßig vollste Beherrschung der Quellen, der Litteratur und Judikatur, maßvolles und selbständiges Urtheil. Auch den Resultaten wird man, zwar nicht immer, jedoch meistens beitreten können.

Das Thema des Verfassers ist: wieweit der Nothstand den Charakter einer an sich rechtswidrigen Handlung beeinflußt? Er unterscheidet drei Arten von Nothstand im weiteren Sinne: Nothwehr, Selbsthülfe und Nothstand im engeren Sinne. Während aber die beiden ersten Klassen fast überall als die Rechtmäßigkeit der vorgenommenen Handlung begründend anerkannt werden, sind mancherlei Gründe dem Aufkommen eines Nothrechts im engeren Sinne hinderlich gewesen (S. 25 ff.). Und doch muß man ein solches annehmen unter drei Beschränkungen: a) es greift nicht durch zu Gunsten eines rechtswidrigen Interesses; b) seine Annahme ist unnöthig, wo die fragliche Handlung nicht unmittelbar in eine fremde Rechtssphäre eingreift; c) es darf niemals durch die Handlung ein höher- oder wesentlich gleichwerthiges fremdes Interesse verletzt werden (S. 28 ff.). Mit diesen Beschränkungen nimmt Verfasser nun aber ein wahres subjektives Nothrecht an und sieht es auch in den §§ 228 und 904 B.G.B. verwirklicht (S. 32, 73, 99). Dies, obwohl er im Gegensatz zu Merkel sehr richtig neben den rechtmäßigen und rechtswidrigen auch rechtlich freie, jenseits von Recht und Unrecht stehende Handlungen anerkennt (S. 1 ff.). Mir scheint diese Konstruktion zu weitgehend und vor allem unnöthig. Ein subjektives Nothrecht wäre ein merkwürdiges Ding, zumal wenn man es mit Titze (S. 34) als absolutes konstruiren wollte. Verfasser hätte doch zuvor den Begriff des subjektiven Rechtes selbst untersuchen müssen, um sich zu vergewissern, ob sein „Nothrecht" darunter gehört, oder ob der Nothstand nicht bloß der Handlung den Charakter als einer verbotenen nimmt.

Auch dem kann ich nicht beipflichten, daß das „Recht" der Selbsthülfe nicht nur dem Inhaber des zu sichernden Anspruches, sondern jedermann zustehen soll (S. 121); dabei wird doch zu wenig die erste Silbe Selbsthülfe beachtet.

[37]) Dr. Paul Tentler, Die juristische Konstruktion der Versteigerung unter Berücksichtigung des § 156 B.G.B. Berlin, Struppe & Winkler 1898. 34 S. Pr. M. 1.

[38]) Dr. Heinrich Titze, Die Nothstandsrechte im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche und ihre geschichtliche Entwicklung. Leipzig, Veit & Co. 1897. 130 S. Pr. M. 3.20.

Um so beifallswürdiger sind die meisten anderen Einzelausführungen, so die (S. 33) über die Einwirkung der Nothstandsbestimmungen des B.G.B. auf das Strafrecht.

---

c) Obligationenrecht.

Eine sehr werthvolle Bereicherung der Litteratur bildet Stammler's[29]) aus einem Vortrage der Berliner juristischen Gesellschaft herausgewachsenes Buch. Es giebt freilich auch in der jetzigen Form keine erschöpfende systematische Darstellung, aber doch erheblich mehr, als das allzu bescheidene Vorwort ankündigt. Seine Stärke liegt in den vielen tiefgehenden Untersuchungen prinzipieller Natur, die freilich im Rahmen der vorliegenden Arbeit nur kurz gehalten sein konnten, aber dadurch in ihrer wirksamen anregenden Kraft kaum einbüßen. Dieser auf das Ganze gerichteten, dem Detail abgekehrten Art des Buches entspricht es auch, daß Verfasser es verschmäht, den ausgetretenen Pfaden der Legalordnung zu folgen, sondern zunächst drei Kapitel allgemeineren Inhalts vorausschickt über die Schuldverhältnisse, Treu und Glauben, Auslegungsvorschriften und ergänzende Rechtssätze, und erst dann an der Hand eines Rechtsfalles in „leichten Varianten" die hauptsächlichen Fragen des Allgemeinen Theiles vom neuen Schuldrecht durchgeht. Er behandelt in dieser Weise in 7 weiteren Kapiteln: die gegenseitigen Verträge, Unmöglichkeit der Leistung, den Verzug, besonders geartete Leistungsinhalte, Uebertragung von Forderungen und Schuldübernahme, Endigung von Forderungen und Schulden, Gesammtschuldverhältnisse.

Auf diese Weise leidet freilich die strenge Systematik, aber dafür gewinnt die Darstellung unleugbar an Lebendigkeit und Selbständigkeit.

Im ersten Abschnitt leugnet Stammler mit der nun herrschenden Richtung die Nothwendigkeit eines Vermögensinteresses für die Obligation, und zwar mit wenn auch nicht überzeugenden, so doch sicherlich beachtenswerthen Gründen. Er stellt deshalb auch in der Begriffsbestimmung nicht darauf ab und formulirt: „Schuldverhältnisse sind rechtliche Sonderverbindungen unter Privaten zu bestimmtem sozialen Zusammenwirken" (S. 8); sie sind Verbindungsrechte gegenüber dem Ausschließungscharakter des Sachenrechts. — Die Erörterung der Delikte ferner giebt dem Verfasser Gelegenheit, sich in diesem Kapitel mit der Zurechnungsfähigkeit zu befassen, die er definirt als „die subjektive Möglichkeit, den Inhalt seiner Vorstellungen mit demjenigen von Vorstellungen anderer Menschen zu vergleichen und danach zu richten" (S. 16).

Sehr eigenartig ist die Abhandlung über Treu und Glauben. Stammler sieht im § 242 eigentlich den Schlüssel für das ganze Detail des Forderungsrechts im B.G.B. Es handelt aber nach ihm jemand im Sinne von Treu und Glauben, wenn „er in dieser Lage mit demjenigen im Einklang bleibt, was als letztes Ziel alles rechtlichen Zusammenlebens festzustellen ist" (S. 40).

[29]) Prof. Dr. Rudolf Stammler: Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. Studien zum Bürgerlichen Gesetzbuch f. d. Deutsche Reich. Berlin, Guttentag 1897. XIV u. 262 S. Pr. M. 5.50.

Dieses Ziel ist aber „die Idee einer Menschengemeinschaft, in der ein jeder die Zwecke des anderen zu den seinigen macht" — soziales Ideal. Soweit soll dieses Prinzip nach Stammler das Gesetzbuch beherrschen, daß alle seine Einzelbestimmungen nur gelten sollen unter der Einschränkung, „daß sie im besonderen Falle nach Treu und Glauben das richtige Ergebniß liefern" (S. 53). Insbesondere bestimmt und begrenzt sich auch danach die Ersatzpflicht der Unmündigen aus § 829 — sie soll dann nur eintreten, soweit sie im Sinne des sozialen Ideals objektiv richtig ist (S. 118).

Das Kapitel III verbreitet sich in wiederum sehr bedeutender Weise über den Unterschied von Auslegungs- und Ergänzungsregeln; die erstere Klasse soll dem vorhandenen Parteiwillen, soweit thunlich, entsprechen; letztere tritt nur ein, wenn und soweit in einem Rechtsgeschäft ein (auszulegender) Wille überhaupt nicht mehr vorhanden ist (S. 66, 82).

Aus den späteren Kapiteln sei nur Einzelnes hervorgehoben: Die Konventionalstrafe soll (S. 160) einer Hauptschuld als ihrer Grundlage bedürfen, eine Behauptung, die durch § 344 schwerlich gestützt wird und mindestens in § 343 Abs. 2 ihre nothwendige Beschränkung finden müßte. — Sehr werthvolle Bemerkungen finden sich über die Verträge zu Gunsten Dritter (S. 172, 176): in ihnen finde sich einmal eine vertragsmäßige Verpflichtung gegenüber dem Promissar, der übrigens auf seine Rechte in continenti verzichten kann, und zum anderen eine einseitige Verpflichtungserklärung gegenüber dem Dritten. — Bedenklich ist mir die Ablehnung eines besonderen depositum irregulare (S. 238). — Eine Unterscheidung von allgemeiner Bedeutung macht Stammler zwischen dem Schuldverhältnisse als solchem und der einzelnen, daraus entspringenden Forderung (S. 215, 219); er verwerthet sie u. A. für die Konstruktion der Korrealobligationen (S. 247).

Zum Schluß noch einige Worte über eine mir sehr am Herzen liegende Frage, in der Stammler's Standpunkt mir bedenklich, mindestens mißverständlich erscheint: in derjenigen der legislativen Kritik. Er tadelt die wissenschaftliche Kritik der Entwürfe zum B.G.B. (unter unverkennbarer Anspielung auf Strohal, Petrazycki und andere), daß sie ohne genügendes Material zu wenig bescheiden gewesen wäre; die Kritik müsse sich wesentlich auf Aufzeigung und Verbesserung technischer Mängel der Entwürfe beschränken (S. 190). Ich glaube, daß Stammler sich der Tragweite dieser exorbitanten Sätze doch nicht vollauf bewußt geworden ist. Den besten Theil der Kritik unserer Entwürfe, die wir bis jetzt als ein Ruhmesblatt unserer Wissenschaft zu betrachten gewohnt waren, darunter Arbeiten eines Gierke, Menger, Unger, Strohal, deren großen und verdienten Einfluß auf die spätere Gestaltung des B.G.B. dessen Redaktoren selbst nicht zum wenigsten dankbar anerkannt haben, sollen wir jetzt als verfehlt ablehnen? Stammler's Satz beweist mir nur, daß es viel zu eng ist, mit ihm jedwede Kritik bestehender Einrichtungen — und bei Entwürfen handelt es sich noch nicht einmal um solche — nur auf der Grundlage einer Aufweisung „sozialer Massenerscheinungen" anzuerkennen.

Von Cohn's originellem Werkchen[40]) — cf. Bd. XII S. 276 — liegt das zweite, die Schuldverhältnisse umfassende Heft vor. Auch dieses — zu dem auch neben Cohn Kohler eine größere Anzahl von äußerlich kenntlich gemachten Beiträgen gespendet hat — bekundet in erfreulicher Weise Geschmack, Witz und Präzision; manche der gegebenen Sprüche dürften sich durchaus zur Aufnahme in den akademischen Vortrag eignen, so S. 97 („Ewige Miete Ist eine Niete") 113 („Kündigen ist kein Feiertagsvergnügen"), 114 („Nur der reine Thor behält sich Mängel nicht vor").

Nur wenige Sprüche scheinen mir mißlungen oder unpassend, so S. 12, „man sieht auf den Meister, nicht auf die Gesellen" — denn das legt das Mißverständniß nahe, es werde bei der Haftung nur auf die Schuld des Meisters, nicht der Gesellen, gesehen. Auch das oft wiederkehrende „Kennenmüssen ist auch Kennen" ist ohne näheren Zusatz verfänglich — denn solche Gleichsetzung ist im Sinne des B.G.B. für die weitaus größte Zahl der Fälle einfach nicht vorhanden. Auch der Satz „wen der Todte unterhielt, muß der Tödter unterhalten" (S. 182) ist zu weit, da es nach § 844 auf die Alimentationspflicht, nicht auf die wirkliche Alimentation ankommt.

Dem Werthe des, auch äußerlich vortrefflich ausgestatteten, Heftchens sollen diese seltenen Bedenken durchaus nichts nehmen.

Daß die Formel des § 276 „die im Verkehr erforderliche Sorgfalt", auf einen objektiven Begriff gehe, weist ein kleiner Aufsatz von Wendt[41]) nach. Aber er lasse demungeachtet freien Spielraum für die Beurtheilung der Besonderheiten bei der konkreten Sachlage (S. 438).

Eine vorzügliche Arbeit legt der unermüdliche Crome in seinen „partiarischen Rechtsgeschäften" vor.[42]) In Erweiterung des bekannten terminus: „colonia partiaria" prägt er diesen Ausdruck zur Bezeichnung aller der Verabredungen, die den verschiedenen Antheilnehmern an einem wirthschaftlichen Unternehmen nicht nur einen fixirten Arbeitslohn, sondern einen unmittelbaren Antheil an seinem Ertrage zuweisen. Indem sie also demjenigen, durch dessen Beihülfe ein Wirthschaftsprodukt hergestellt ist, eine rechtliche Betheiligung daran gewähren (S. 27), sind sie überall da möglich, wo ein Arbeitserfolg vorliegt, der sich nach Quoten theilen läßt (S. 515); sie sind aber auch volkswirthschaftlich nützlich als bedeutsame Mittel zum Ausgleich des großen sozialen Gegensatzes von Kapital und Arbeit. Insofern glaubt Verfasser, schwerlich ganz mit Unrecht, durch seine energische Klärung und Förderung

[40]) Prof. Dr. G. Cohn, Das neue deutsche Bürgerliche Recht in Sprüchen. II. Recht der Schuldverhältnisse. Berlin, O. Liebmann 1897. IV u. 191 S. Pr. geb. M. 3.

[41]) Prof. Dr. O. Wendt, Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt. Archiv f. d. civ. Praxis Bd. 87 S. 422—452.

[42]) Prof. Dr. Carl Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte nach römischem und heutigem Reichsrecht, nebst Beiträgen zur Lehre der verschiedenen Arbeitsverträge. Freiburg, J. C. B. Mohr 1897. XII u. 555 S. Pr. M. 9,60.

dieses Begriffes dem großen Ziele der sozialen Reform dienen zu können, siehe Vorwort. Dabei darf nur nicht vergessen werden, daß alle wissenschaftlich noch so bahnbrechenden Hinweise auf eine Lohnform oder überhaupt eine Reform nur dann ernstliche Aussicht auf Realisirung gewinnen, wenn man die dabei interessirten sozialen Mächte dafür zu gewinnen weiß. Und darum darf sich auch Verfasser nicht wundern, wenn sein treffliches Werk, dessen wissenschaftlicher Werth dadurch natürlich um nichts einbüßt, nicht sogleich einen Uebergang zu der „neuen Lohnform" im praktischen Leben im Gefolge haben wird. Uebrigens würde dieselbe nach des Verfassers Einzelausführungen nicht allein zu Gunsten der Arbeit, sondern in gewissen Fällen auch zu Gunsten des Kapitals der Arbeit gegenüber verwendet werden können — so bei der „partiarischen Miethe", indem der Vermiether durch Hergabe des Lokals nicht an der Produktion Theil hat, sondern nur den äußeren Raum stellt, innerhalb dessen die davon fast ganz unabhängige Produktion betrieben wird (anders als bei der Pacht!). In solchen Fällen würde sogar die partiarische Abrede geradezu eine Waffe in der Hand des ausbeuterischen Kapitalismus werden können, aller inneren sozialen Berechtigung baar.

Das partiarische Verhältniß ist zunächst abzugrenzen von der Gesellschaft. Es findet sich bei jenem im Gegensatz zu dieser nirgendwo ein jus fraternitatis. eine Gemeinsamkeit des Zweckes auf Grundlage einer prinzipiellen sozialen Gleichstellung der Parteien (S. 147, 152, 24), sondern es liegt nur vor, „wo zu andersartigen, in ihren Voraussetzungen und Wirkungen selbständig bestimmten Rechtsverhältnissen das partiarische Moment hinzutritt und dadurch den Inhalt resp. die Wirkungen jenes Verhältnisses eigenthümlich gestaltet und umbildet" (S. 25). Abzuweisen sind also die namentlich früher (z. B. von Waaser, anders schon Zobkow) gemachten Versuche, das bislang fast allein wissenschaftlich beachtete „partiarische" Verhältniß, die colonia partiaria, der Gesellschaft gleichzustellen.

Die partiarische Abrede selbst läßt sich in verschiedenen Formen denken. Entweder wird getheilt das spezielle Arbeitsresultat, sei es in natura, sei es im Werth, nach Brutto- oder Nettoertrag. Oder die „pars" der Betheiligten wird, in Form von Tantièmen oder dergleichen, erst dem allgemeinen geschäftlichen Ergebniß entnommen.

Verfasser behandelt nach Feststellung des Begriffes (Kap. I) in fünf weiteren Kapiteln gruppenweise diejenigen Rechtsgeschäfte, bei denen sich eine derartige Lohnform findet oder doch finden kann: Kap. II die partiarischen Lokationen; Kap. III Partiarisches Darlehen und ähnliche Kreditgeschäfte; Kap. IV Vermittelnde Geschäftsbesorgungen; Kap. V Antheilsausschreibung; Kap. VI. Partiarischer Modus und Vertrag zu Gunsten Dritter. Diese Methode giebt ihm zugleich Gelegenheit zu einer Reihe scharfsinniger und m. E. meist durchaus beifallswürdiger Erörterungen allgemeiner Art über die behandelten Arbeitsgeschäfte; die Bedeutung des Buches geht also in den Studien über die partiarische Lohnform keineswegs auf.

Ich will das Referat nicht schließen, ohne wenigstens auf einige Einzelheiten einzugehen:

In der Lehre von der partiarischen Pacht finden sich werthvolle Bemerkungen zu § 549 B. G.B. über den Gegensatz von Untermiethe-(pacht) und Gebrauchszession (S. 90—92). Neben der Pacht kommt auch bei der eigentlichen Miethe die Partiarform vor; ihre Möglichkeit ergiebt sich daraus, daß zu den Vorbedingungen einer Produktion auch die entsprechende Raumgewährung gehört (S. 127/9). Bei der Erörterung des Quotallohnvertrages (S. 141 ff.) wird die Frage aufgeworfen, wie es zu halten sei, „wenn Recht und Billigkeit uns nöthigen, dem Arbeiter Lohn oder einen entsprechenden Theil des Lohnes zuzusprechen, während ein Gewinn, von dem in diesem Fall nach dem Vertrag der Lohn zu nehmen wäre, nicht gemacht ist" (S. 202), also z. B., wenn der Arbeiter vom Herrn ohne Verschulden nicht angenommen wird. Darauf giebt Crome S. 209 eine sehr befriedigende Antwort: Die partiarische Lohnabrede steht in solchen Fällen unter einer, wenn auch stillschweigenden, Bedingung — es ergiebt sich aus der gesammten wirthschaftlichen Lage der Parteien, daß der Arbeiter den gewöhnlichen Lohn schlechterdings bekommen soll. Aehnlich beim Quotalwerkvertrag (S. 332), den Verfasser gleichfalls sehr ausführlich bespricht (S. 252 ff.). Hier bin ich nicht einverstanden mit der Heranziehung des Falles S. 267 No. 12, da dort von einer quotalen Betheiligung des Erfinders am Fabrikat oder Geschäftsgewinn keine Rede war. — Die theilweise Polemik gegen meinen Aufsatz über den Zufall bei der Werkverdingung vergißt, daß ich neben den „Sphären" des Werkmeisters und Bestellers auch noch von einer mittleren, neutralen Sphäre gesprochen habe.

Aus den folgenden Erörterungen hebe ich noch hervor die trefflichen Bemerkungen über partiarisches Darlehen (cf. S. 374) die wiederholte durchschlagende Polemik gegen Lammfromm (namentlich S. 368), die gelungene Vertheidigung des realen Charakters auch des heutigen Darlehens (S. 368) und der Selbständigkeit des depositum irregulare (S. 464). Auch die gegen Reuling und zum Theil gegen Burchard gerichtete Untersuchung über den Mäklervertrag, durch den auch der Mäkler zum Handeln verpflichtet werde, cf. namentlich S. 414 ff., scheint mir beifallswürdig und durchschlagend. Kurz, ich bin in der Lage, mich mit den stets anregenden und fördernden Ausführungen des schönen Werkes wie in den Grundlagen, so auch in fast allen Einzelpunkten vollauf einverstanden erklären zu können.

Auch Immerwahrs[43]) Arbeit über die Kündigung ist eine schätzenswerthe Bereicherung unserer Litteratur, da sie in gediegener und inhaltsreicher Darstellung ein praktisch so wichtiges und doch theoretisch meist ungebührlich vernachlässigtes Institut des modernen Rechtslebens historisch wie dogmatisch befriedigend zu behandeln versteht und seine Auffassung in wesentlichen

[43]) Pr.-Doc. Dr. jur. et. phil. W. Immerwahr, Die Kündigung, historisch und dogmatisch dargestellt. Berlin, Marcus 1898. VIII. u. 187 S. Pr. M. 6.

Punkten revidirt. So erweist Verfasser gegenüber früheren Verdunkelungen durch ein erhebliches Quellenmaterial den deutschrechtlichen Ursprung des Institutes (S. 23), während das römische Recht dafür wenig ergiebig ist (S. 18). Alsdann schält er den Begriff der Kündigung heraus gegenüber dem vielfach damit vermischten und noch vom B. G.B. gleichfalls als Kündigung bezeichneten eines vorzeitigen Rücktritts. Kündigung tritt nur ein bei einem an sich zu Recht bestehenden Vertrage, dessen sonst unbestimmte Dauer durch sie festgelegt werden soll, der Rücktritt dagegen läßt das an sich noch länger dauernde Verhältniß aus besonderem Grunde vorzeitig erlöschen (S. 142, 183). — Wichtig ist auch die Abgrenzung der Kündigungsfolgen vom Eintritt des dies beim befristeten Rechtsgeschäft (S. 99) — bedeutsam u. a. für die Statthaftigkeit einer mit der Kündigung verbundenen Klage, sowie für die Verjährung.

Verfasser behandelt die einzelnen Geschäfte, bei denen die Kündigung eine Rolle spielt, gesondert: Darlehen, Miethe und Pacht, Arbeits- und Dienstvertrag, Auftrag, Gesellschaft. Ueberall wird mit besonderer Ausführlichkeit das Allgemeine Landrecht als die für die behandelte Materie wichtigste und reichhaltigste Quelle herangezogen; aber auch für die Interpretation des B. G.B. sind manche Erörterungen von Werth. Nur Einzelnes ist allzu kurz abgethan — so wäre die m. E. sehr diskutable Frage, ob und warum die Kündigung nicht bedingt sein kann (S. 81), doch wohl einer energischeren Prüfung werth gewesen!

Eine Erstlingsarbeit von Schwebler[44]) verdient durch selbständige Auffassung durchaus Lob, bringt auch zur Auslegung des in Richtung auf ihr Thema bisher noch nicht durchforschten B. G.B. manches Neue, scheint mir aber in der Grundidee kaum überzeugend. Er sucht den Grund für die rechtsvernichtende Wirkung der confusio nach einer gründlichen Kritik der bisherigen Lehren darin, daß die Herstellung des mit dem Rechte — der Obligation sowohl wie dem dinglichen Rechte — erstrebten Zustandes nur von einer und derselben Person abhänge, was mit dem Begriffe einer rechtlichen Gebundenheit unvereinbar sei: Der Untergang des Rechts ist also erst eine Folge der vollzogenen Vereinigung (S. 62, 65, für das dingl. R. S. 92). Dagegen möchte ich, wenigstens was das dingliche Recht anlangt, mich um deswillen wenden, weil das Wesentliche hier nicht die Verpflichtung einer Person, sondern der Anspruch gegenüber Allen ist. Ein solcher wäre nun aber trotz der Konfusion an sich sehr wohl möglich; nur hat der Eigenthümer normalerweise daran kein Interesse, weil und insoweit sein weitergehender Eigenthumsanspruch alle die Ausschließungsbefugnisse umfaßt, wie nur immer ein beschränktes Sachenrecht.

Auch die besonderen Ausführungen des Verfassers über Pfandrecht und Nießbrauch kann ich mir in der Hauptsache nicht aneignen, da er von dem

---

[44]) Ref. Dr. Gustav Schwebler, Das Erlöschen der Schuldverhältnisse durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit nach bürgerlichem Recht. Halle, Max Niemeyer 1897. VIII u. 180 S. Pr. M. 4,50.

m. E. ganz unhaltbaren Begriffe des Rechtes am Recht ausgeht, auch denselben dabei mehr voraussetzt, als daß er ihn in seiner Existenzberechtigung zu erweisen auch nur versuchte. Auch benöthigt man seiner gar nicht zur Konstruktion der vom Verfasser erörterten Gebilde, da man mit dem zwar von Schwebler zu Unrecht befehdeten, aber noch neuerdings von Horn wieder geschickt vertretenen Begriff der konstitutiven Succession befriedigend auskommen kann. Gegenüber S. 112 sei bemerkt, daß das Beispiel der Sachverpfändung des Eigenthümers durchaus Beweis dessen erbringt, daß es zwischen voller Rechtsübertragung und Uebertragung zur Ausübung in der That das vom Verfasser bestrittene „Mittlere" giebt.

Aus dem besonderen Theil der Schuldverhältnisse kommen zunächst zwei Bearbeitungen des neuen Miethsrechts in Betracht[45]. Beide gehören zu den wie Pilze aus der Erde schießenden Darstellungen aus dem B.G.B. „für die Praxis", die einen wissenschaftlichen Werth weder besitzen noch auch nur beanspruchen. Ob die praktischen Juristen, die doch das Gesetz selbst, dazu Kommentare und Lehrbücher in Hülle und Fülle zur Verfügung haben, sehr nach solchen kleinen Spezialarbeiten dürsten, wage ich nicht zu entscheiden, jedenfalls nicht zu bejahen, eher möchten Schriften über das sozial so unendlich wichtige Miethsrecht den nichtjuristischen Interessenten zweckdienlich sein, für die denn auch Vogel in erster Reihe geschrieben haben will. In der That ist seine Schrift recht lesbar gehalten und für den praktischen Gebrauch wohl verwendbar, während sie für die theoretische Konstruktion selbst der bedeutsamsten Fragen des Miethsrechts — Verhältniß des Miethers zum neuen Erwerber der Miethsache, des Vermiethers zum Aftermiether — schlechterdings nichts ergiebt. — Viel ausführlicher und immerhin bedeutender ist Fränkel's elegant ausgestattete Arbeit, obwohl auch sie weder auf das geltende Recht Bezug nimmt, noch sich mit der Erörterung schwierigerer Fragen befaßt.

In der, meist zuverlässigen und übersichtlich gehaltenen, Darstellung finden sich bisweilen unrichtige oder unvollständige Behauptungen. So ist es m. E. doch gegenüber dem S. 3 Gesagten Pacht und nicht Miethe, wenn ein Restaurant mit Garten das Vertragsobjekt bildet: denn die Ziehung der Nutzungen aus seinem Betriebe bildet den Geschäftszweck. — Der simulirte Vertrag ist nicht nur anfechtbar (so Fr. S. 9), sondern nach § 117 nichtig. Daß die Ehefrau als solche der ehemännlichen Genehmigung zum Abschluß von Miethsverträgen bedürfe, ist unrichtig (S. 15); es kommt auf das Güterrecht an. Auf S. 75 ist der § 573 unrichtig wiedergegeben; nicht nur dem Vermiether, sondern auch und vornehmlich dem Miether gegenüber ist der neue Erwerber durch die fr. Vorausverfügungen nicht gebunden.

[45]) A.-R. J. Vogel, Die Miethe von Wohnungen und anderen Räumen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. München, J. Schweitzer 1897. VI u. 81 S. Pr. M. 1. — R.-A. A. Fränkel, Das Mieth- und Pachtrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich zum praktischen Gebrauch bearbeitet. Berlin, O. Liebmann 1897. VIII u. 139 S. Pr. M. 3 gebunden.

Eine kleine Arbeit Sturm's[46]) stellt kurz die Bestimmungen des B.G.B. über die Geschäftsführung dar in ihrer Abhängigkeit von dem vom Verfasser schon früher vertretenen und hier endgültig anerkannten subjektiven Prinzip. Daneben enthält sie einige allgemeinere Bemerkungen über die Methode der Forschung, das Prinzip der Billigkeit u. s. w. Beachtung verdient daraus u. A. die aus dem Munde eines Praktikers doppelt wohlthuend berührende Bemerkung (S. 3) über die wissenschaftliche Nothwendigkeit, auch hinfort „aus dem ewigen Brunnen des Corpus Juris lebendiges Wasser zu schöpfen." Bedenklich ist dagegen der Satz S. 34, die Schenkung sei eine Handlung der Moral, die als solche keine rechtliche Regelung vertrage. Sind denn andere Rechtsgeschäfte von jeder moralischen Grundlage so ganz losgelöst, überhaupt Recht und Moral unverträgliche Gegensätze?

Linckelmann[47]) behandelt in Erweiterung eines in unserem Archiv erschienenen Aufsatzes monographisch das neue Schadensersatzrecht; seine Arbeit ist durch flüssige Darstellung, Stoffbeherrschung und Uebersichtlichkeit ausgezeichnet und so zur Erreichung ihres Zweckes, „eine Auslegungsstudie und übersichtliche Darstellung des künftigen Rechtszustandes zu sein" geeignet. Das so ausgedehnte und an Problemen ersten Ranges reiche Rechtsgebiet wissenschaftlich erschöpfen will und kann eine solche kleinere Einzelarbeit natürlich nicht, es genügt, wenn sie hie und da anregende und fördernde Kraft gewährt. Und das dürfte hier der Fall sein. Ich verweise auf die meinen Lesern in ihren Grundzügen schon bekannten Ausführungen Linckelmann's zu § 823, namentlich die Untersuchung über die polizeilichen Zwangspflichten in ihrer Bedeutung für dessen zweiten Absatz; ferner auf diejenigen über eigenes Verschulden des Geschädigten und Kausalzusammenhang, (s. nam. S. 56); über die Bedeutung des Wortes „widerrechtlich" in § 823 cit. S. 70: es soll sich nur auf die Verletzung des Rechtsobjektes, nicht auf die eines bestimmten subjektiven Rechtes beziehen; über die Nothwendigkeit einer Ausdehnung des § 228 auf den Fall eines Angriffes unzurechnungsfähiger Personen (S. 76).

Unter der Bezeichnung „Umwandlungsklage" behandelt F. Jäger[48]) in einer kleinen Erstlingsschrift den im § 7 R. H. Pfl. G. gewährten, durch das E. G. zum B. G. B. beseitigten, aber nunmehr in die C. P. O. (§ 293a) verwiesenen Rechtsbehelf. Er versteht unter den den Anspruch bedingenden Verhältnissen alle thatsächlichen zur Festsetzung des früheren Urtheils führenden Grundlagen; die „geänderten Verhältnisse" müssen mit der Verletzung in ursächlichem Zusammenhang stehen (S. 7). Eine bloße abweichende Würdigung der

[46]) R. A. Dr. Aug. Sturm, Die Lehre von der Geschäftsführung ohne Auftrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich. Berlin, Carl Heymanns Verlag 1897. 45 S. Pr. M. 1. —

[47]) R. A. Dr. E. Linckelmann, Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin, Carl Heymanns Verlag 1898. V u. 120 S. Pr. M. 3.

[48]) Ref. Dr. F. Jäger, Die Umwandlungsklage im deutschen Haftrecht jetzt und nach 1900. Berlin, Carl Heymanns Verlag 1898. 42 S. Pr. M. 0,80.

an sich bestehen gebliebenen Verhältnisse wird gegenüber Eger zutreffend als nicht genügend erklärt für die Umwandlungsklage (S. 11/2). — Der für die Aenderung der Rente maßgebende Zeitpunkt ist der Tag der Klagezustellung (S. 25).

d) Sachenrecht.

Strohal[49]) bereichert die Litteratur mit einer vortrefflichen, klar geschriebenen Arbeit über die von ihm in früheren Arbeiten bereits wiederholt energisch geförderte Materie des Besitzes. Er geht darin in sechs Abschnitten ein auf die Grundlagen, Voraussetzungen, die rechtliche Bedeutung, den Erwerb und Verlust des Besitzes, Mitbesitz, endlich die Besitzklagen.

Schon wegen der Schwierigkeit der darin behandelten Probleme hat mich besonders gefesselt die Untersuchung über die Fälle und die Bedeutung des unmittelbaren Besitzes und seine Abgrenzung gegen die bloße Innehabung. Damit diese vorliege, ist nicht nur ein Haben für einen Anderen erfordert, sondern dazu „ein Verhältniß der Abhängigkeit des Inhabers in Betreff seines Gebahrens mit der Sache von einem anderen" (S. 8), während andererseits sogar Fälle unselbständiger Innehabung denkbar sind, bei denen man die Gewalt für sich selbst ausübt (Zeitungen im Kaffeehaus, Operngucker im Theater, S. 11). Dagegen ist der Verwahrer unmittelbarer Besitzer.

Der mittelbare Besitz tritt nach Strohal gegenüber dem unmittelbaren stark zurück. So soll er, was mir zweifelhaft ist und was Verfasser kaum durchschlagend beweist, ihm gegenüber nicht possessorisch geschützt werden (S. 122, 134). Wohl aber bewirkt er Passivlegitimation im Eigenthumsprozeß (S. 45).

Der Finder ist nach Strohal überhaupt nicht nur unmittelbarer, sondern vollständiger Besitzer (S. 22).

Wichtig sind ferner die Ausführungen über die „Succession in den Besitz"; in der sachlichen Bedeutung scheinen sie mir durchaus überzeugend, höchstens die Terminologie möchte noch Zweifel erwecken. (cf. S. 59 ff.).

Sehr beachtenswerth finde ich auch die Untersuchung über den Besitzwillen; er wird meist nöthig sein, läßt sich also auch nach Strohal nicht mit der jetzt landläufigen Lehre ganz aus dem Besitzbegriff eliminiren. Ich möchte freilich in noch viel weiterem Umfange als Verfasser (cf. seine Ausnahmen S. 73/4) den Besitzwillen erfordern.

Ein Recht ist der Besitz nach den zutreffenden Bemerkungen S. 65 nicht.

Eine wie alles, was von dem hochverehrten Autor kommt, tiefdringende und gediegene Arbeit, die dazu in den meisten Resultaten m. E. durchaus überzeugt, legt Gierke über ein besitzrechtliches Thema vor.[50]) Er behandelt darin

[49]) Prof. Dr. E. Strohal, Der Sachbesitz nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich. Abdr. aus Jhering's Jahrbüchern Bd. 38. Jena, G. Fischer 1897. 137 S. Pr. M. 3.

[50]) Prof. Dr. O. Gierke, Die Bedeutung des Fahrnißbesitzes für streitiges Recht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Jena, G. Fischer 1897. VIII u. 72 S. Pr. M. 2. (Zugleich Heft 4 von Fischers Abhandl. zum Privatrecht).

in vier Kapiteln unter energischer Hervorhebung deutschrechtlicher Wurzeln für die fraglichen Institute das Verhältniß von Besitz, possessio und Gewere; die Vermuthung aus dem Besitz; das Einwendungsrecht daraus; das Klagerecht aus dem früheren Besitz.

Ich will nur ein paar m. E. besonders wichtige Punkte hervorheben:

a) Die Verwerthung aus dem Besitze ist freilich auf Mobilien beschränkt, aber nach Gierke wenigstens auf solche Grundstücksbestandtheile auszudehnen, die nach dem Gesetze nicht als solche rechtlich behandelt werden, wie vorübergehend eingefügte Sachen (S. 37).

b) Ueberzeugend wird dargethan, namentlich gegenüber Wendt, daß die Vindikation und folgeweise auch die Klage aus § 1007 auch gegen den mittelbaren Besitzer zuständig, ja in manchen Fällen allein praktikabel sind. Ueberhaupt hebt Gierke gegenüber sonstigen Abschwächungen die immerhin recht erhebliche Bedeutung des mittelbaren Besitzes gut hervor.

c) Einleuchtend und gründlich wird das praktische Verhältniß zwischen der Vindikation und der Klage aus dem früheren Besitz auseinandergesetzt (S. 68 ff.).

Zum Servitutenrecht der Römer und des B.G.B. bringt Kohler[51]) interessante Beiträge, für die er ein Rechtsgutachten über einen Fall der Eintragung einer Servitut des Villenbaues zum Ausgangspunkt nimmt. Die Terraingesellschaft, die die Bauplätze zu den Villen verkauft, kann freilich keine Bauvorschriften ertheilen, wohl aber die Grundstücke wechselseitig mit Servituten zu Gunsten der anderen belasten (S. 162). Dabei ist der Begriff dessen, was Villa sei, nicht nur durch die Bauanlage, sondern auch durch den Zweck bestimmt (S. 165); also wären z. B. villenmäßig gebaute Krankenhäuser ausgeschlossen.

Sodann geht Verfasser auf die bekannten römischen Erforderniße der Servituten ein, die perpetua causa, utilitas, vicinitas, die richtig verstanden, durchaus angemessen und auch vom B.G.B. nicht beseitigt sein sollen, s. nam. für die Vicinität S. 184.

In Rom begründete keine Ausnahme die serv. oneris ferendi, denn sie beruhte auf dem Vorhandensein der Mauer, als einer vom belasteten Eigenthümer zunächst in seinem eigenen Interesse errichteten, quasi natürlichen Anlage (S. 197).

Eine Dissertation von Pilch[52]) ist leidlich geschrieben und ganz sachgemäß gehalten; aber wissenschaftlich nicht ergiebiger, als es solche kleinen Erstlingsarbeiten zu sein pflegen. Entgegentreten muß ich der Lehre, daß der Nießbrauch stets ein gleichartiges Recht sei, nämlich ein dingliches, bald an Sachen, bald an Rechten. Jedenfalls hat Verfasser das nicht bewiesen, wie er auch die bisherige Litteratur nicht in wünschenswerther Vollständigkeit berücksichtigt hat.

---

[51]) Prof. Dr. Kohler, Beiträge zum Servitutenrecht. Archiv f. d. civ. Praxis Bd. 87 S. 157–312.

[52]) Dr. A. Pilch, Der Nießbrauch an Inhaberpapieren mit Prämien nach dem Rechte des B.G.B. Berlin, Struppe u. Winkler 1897. 52 S. Pr. M. 1.

Ueber das neue Hypothekenrecht referierte Oberneck,[53]) als Schriftsteller auf diesem Gebiete schon bekannt, im Berliner Anwaltsverein. Er dürfte seinen Zweck, dem Studium des neuen Rechts eine orientierende Einleitung zu geben, durch seinen übersichtlichen, knappen und korrekten Vortrag erreicht haben. Ohne dauernden wissenschaftlichen Werth zu besitzen, sind derartige Darstellungen derzeit dankenswerth und nothwendig. Auf die konstruktionellen Fragen geht Verfasser natürlich nur selten und kurz ein, aber er läßt sie doch nicht ganz bei Seite liegen; so finden sich S. 41/2 Bemerkungen über das Wesen der Hypothek, aus denen Verfasser dann auch auf dasjenige der Eigenthümerhypothek eine m. E. nicht gerechtfertigte negative Folgerung zieht (S. 43).

Der neuen Grundbuchordnung ist gleichfalls ein Vortrag gewidmet von Siméon.[54]) Verfasser giebt darin eine kurze, übersichtliche und die Hauptpunkte gut ins Licht setzende Darstellung des neuen formellen Grundbuchrechts. Kritik ist nicht geübt, doch finden sich einzelne beachtenswerte Vorschläge kurz angedeutet, namentlich ein solcher auf Schaffung eines amtlichen Präjudizienbuches (S. 36), sowie einige Wünsche betreffs des zu erlassenden Preußischen Ausführungsgesetzes.

Auf die bereits vorliegenden Kommentare der Grundbuchordnung von Schwarze und Willenbücher soll erst in der nächsten Rundschau eingegangen werden.

e) Familienrecht.

Das Recht der unehelichen Kinder nach dem B.G.B. hat zweimal monographische Bearbeitung gefunden, durch Hirsch und Manten.[55]) Beide wählen die Form eines Kommentars zu den einschlägigen §§ 1705/18, sind aber im Uebrigen in der Anlage sehr verschieden. Hirsch geht wesentlich nur vom Gesetze bezw. den Vorarbeiten aus, ohne erheblich auf das bisherige Recht und seine Litteratur sich einzulassen, während Manten in sehr umsichtiger und ausführlicher Weise das jetzige Preußische Recht nebst seiner Judikatur behandelt und ihm die neuen Bestimmungen gegenüberstellt. So ist seine Arbeit erheblich reichhaltiger als die von Hirsch, allein sie läßt dafür in der äußeren Anordnung, namentlich in der Abgrenzung beider Rechte, die wünschens-

[53]) R.-A. Dr. H. Oberneck, Das Hypothekenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Vortrag im Berliner Anwaltsverein. Berlin, Siemenroth u. Troschel 1897. 47 S. Pr. M. 1.

[54]) Ger.-Ass. Dr. P. Siméon, Die Reichsgrundbuchordnung vom 24. III. 97. (Vortrag der Berliner jurist. Gesellschaft.) Berlin, J. Guttentag 1897. 40 S. Pr. M. 1.

[55]) R.-A. Dr. Rob. Hirsch, Die Rechtsverhältnisse der unehelichen Kinder nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Stuttgart, Kohlhammer 1897. 98 S. Pr. M. 1,50.

Amtsrichter W. Manten, Das Recht des unehelichen Kindes und seiner Mutter nach dem Preußischen Recht und dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Königsberg, Hartung 1897. 92 S. Pr. M. 2.

werthe und bei Hirsch durchweg erreichte Uebersichtlichkeit theilweise vermissen. Uebrigens ist sie als sorgfältig zu rühmen und steht entschieden über der vulgären Paragraphenjurisprudenz. Von selbständigen Ausführungen des Verfassers nenne ich die Bemerkung S. 11 No. 1 zu § 1310; ferner die S. 20 über das von ihm nicht als Bestandtheil des Familiennamens anerkannte Adelsprädikat, S. 55 über die (zu verneinende) Frage nach dem Ersatzanspruch des unehelichen Kindes gegen den Tödter seines Erzeugers. Auch gegenüber der preußischen Judikatur, die er freilich meist nur referirt, verhält sich Verfasser bisweilen selbständig-kritisch, s. z. B. S. 84/5.

Auch die Arbeit von Hirsch kann als eine saubere und korrekte bezeichnet werden; sie scheint mir vorzüglich geeignet, gerade den Nichtjuristen — Vormündern u. s. w. — nach den Worten des Verfassers „als Berather in allen derartigen Streitigkeiten und Rechtsfällen zu dienen". Aber auch für den Juristen bietet sie nicht nur eine faßliche Zusammenstellung, sondern daneben mehrfach selbständige Erörterungen, s. z. B. auf S. 68 ff.

Viel umfassender ist Böhm's[56]) Werk über das Vormundschaftsrecht, eine Arbeit, der man ebenfalls die Anerkennung als einer klaren, übersichtlichen und fast überall korrekten nicht wird versagen können, die aber wieder fast mehr Werth für den an den behandelten Materien interessirten Nichtjuristen hat, als für den Fachmann, dem das Buch wissenschaftlich im Vergleich zu seinem Umfang nicht sonderlich viel bietet. Verfasser beschränkt sich im Allgemeinen auf knappe eigene Bemerkungen neben einer ausgiebigen Benutzung der Motive, von denen er einzelne Partien selbst wörtlich mittheilt. Die Beifügung des ganzen einschlägigen Gesetzestextes wäre hier ebensowenig nötig gewesen wie früher in Böhm's Darstellung des Erbrechtes, der das jetzige Buch überhaupt in Anlage und Werth sehr ähnelt.

f) Erbrecht.

Schiffner hat seiner von mir Bd. XI S. 196/7 besprochenen Arbeit über die „gesetzlichen Vermächtnisse" nunmehr eine solche über die derartigen Institute des Bürgerlichen Gesetzbuches folgen lassen.[57]) Denn dieses hat zwar einen großen Theil der von Schiffner unter dem obigen Sammelnamen zusammengefaßten Erscheinungen — z. B. die Quart der armen Witwe — fallen lassen, oder anders gestaltet — so das Recht des Fiskus auf bona vacantia (S. 177), aber viele davon aufgenommen, einzelnes selbst neu in dieser Art ausgebildet. Unter den Begriff gehören nach Schiffner namentlich Pflichttheil und Kollation (Ausgleichung), die er als wichtigste Fälle schon im Titel seiner

---

[56]) R.-A. J. Böhm, Das Vormundschaftsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Hannover, Helwing 1897. VI u. 253 S. Pr. M. 4.

[57]) Prof. Dr. Ludwig Schiffner, Pflichttheil, Erbenausgleichung und die sonstigen gesetzlichen Vermächtnisse nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Jena, G. Fischer 1897. XII u. 192 S. Pr. M. 5 (zugleich Heft 3 von O. Fischer's Abhandlungen).

Schrift besonders hervorhebt, ferner eine Anzahl minder wichtiger, von denen der Voraus, der sog. Dreißigste, sowie gewisse mit der Verlobung, der fortgesetzten Gütergemeinschaft, der Ehescheidung und dem Anerbenrecht zusammenhängende gesetzliche Vermächtnisse.

Die Arbeit Schiffner's bedeutet gegenüber ihrer Vorgängerin, der sie an Reichhaltigkeit der Quellen- und Litteraturangaben ebenbürtig ist, einen nicht unerheblichen Fortschritt, sie geht viel prinzipieller zu Werke und bringt, namentlich in dem sehr beachtenswerthen Theil II, für die allgemeine Begründung und Würdigung der von Schiffner vertretenen Konstruktion viel Lesenswerthes bei. Man wird dem Verfasser jedenfalls darin beipflichten müssen, daß die Kategorie der „gesetzlichen Vermächtnisse" — welche Bezeichnung er freilich selbst als unpassend und unrömisch schilt (S. 175) — dem B.G.B angehört, wenn es sie auch nicht bewußt und einheitlich verwerthet. Denn das „gesetzliche Vermächtniß" ist einfach eine vom Gesetze an gewisse, meist familienrechtliche (S. 181), Verhältnisse angeknüpfte Einzelzuwendung von Todeswegen, die dem gewöhnlichen Vermächtniß allzu stark anzunähern Verfasser mit Recht ablehnt, S. 16. Auch für die wichtigsten der besprochenen Fälle dürfte die Schiffner'sche Konstruktion zutreffen, vorzüglich beim Pflichttheil, für den ich sie denn auch bereits in meinen Vorträgen verwerthen konnte. Auch bez. der Kollation, wie sie im B.G.B. nach deutschrechtlichem Vorbild gestaltet ist, fallen meine früher geäußerten Bedenken, wie ich gerne anerkenne, größtentheils weg. In einzelnen anderen Fällen bin ich auch heute noch nicht überzeugt. So scheint mir da, wo ein aus dem weiteren Bereiche des Gesammtnachlasses herausgenommener organisch verbundener Vermögenskomplex den Gegenstand der Zuweisung bildet, nicht füglich von einer Einzelnachfolge geredet werden zu können. Und beim „Voraus" des Anerben liegt doch nur eine erweiternde Modifikation des Erbrechts vor, nicht ein daneben stehendes selbständiges „Legalvermächtniß".

Uebrigens behalten die gediegenen Ausführungen des Verfassers in diesen und anderen Fällen ihren Werth für die Interpretation des B.G.B. im Wesentlichen unabhängig von dem Beifall, den man seiner besprochenen Konstruktion zollen mag; sie bilden eine werthvolle Bereicherung der Litteratur unseres neuen Erbrechtes.

Eine monographische Bearbeitung der Lehre von den Testamentsvollstreckern bringt Sturm's fleißige Feder;[58]) seine Studie ist nicht nur wissenschaftlichen, sondern auch praktischen Zwecken zu dienen bestimmt (S. 16). Ihr erster Theil reproduzirt den mir und manchem anderen Leser bereits geläufigen früheren Aufsatz des Verfassers aus Ihering's Jahrbüchern, während der zweite das Recht des B.G.B. behandelt. In ihm sieht Sturm — ob mit Recht, muß dahingestellt bleiben, zumal wenigstens die angezogenen Worte der Vorarbeiten dafür nicht entscheidend sein können — seine Theorie

[58]) R.-A. Dr. A. Sturm, Die Lehre von den Testamentsvollstreckern nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Leipzig, Veit u. Comp. 1898. VIII u. 134 S. Pr. M. 2.

von der Vertretung des Nachlasses durch den Vollstrecker verwirklicht, cf. dazu S. 21 und 27.

Nun glaube auch ich, daß diese Lehre sowohl für das Gemeine wie das künftige Reichsrecht der Wahrheit recht nahe kommt, zumal Verfasser dabei die Ableitung dieser Vertreterschaft aus dem Willen des Erblassers richtig betont, S. 48. Besonders harmonirt damit die Thatsache, daß der Vollstrecker den Erben nicht persönlich verpflichten kann. Der Nachlaß dauert eben gerade wegen das entsprechenden erblasserischen Willens als mehr oder minder selbständiges Vermögen fort neben dem sonstigen des Erben, und dieses selbständige Vermögen vertritt der Exekutor. Aber indem es doch letztlich dem Erben gehört, repräsentirt jener in Wahrheit doch diesen, nur kraft des Willens des Erblassers und unter Beschränkung auf das von ihm Ererbte.

g) Gewerblicher Rechtsschutz.

Gegenüber der Reichhaltigkeit früherer Berichtsperioden herrscht eine auf diesem Gebiet doppelt auffallende Stille. Nur ein kleiner Aufsatz von Schanze[59]) liegt mir vor, der einen Vortrag der Wiener Juristischen Gesellschaft wiedergiebt. Verfasser verbreitet sich darin zunächst in lichtvoller Weise über Begriff und Erfordernisse der Erfindung. Diese ist im Gegensatz zur receptiven Entdeckung produktiver Natur; immanentes Merkmal ist ihr die Eigenartigkeit, während die Neuheit — bisher allgemein damit verwechselt — nur accessorisches Merkmal ist (S. 7, 9). Neben diesem objektiven erfahren die subjektiven Erfordernisse der Patentertheilung, ferner das Verfahren eine überall klärende Darstellung.

V. Partikularrecht; ausländisches Recht.

Die in Zukunft noch in Kraft bleibenden Bestandtheile des Preußischen Rechts beginnt Weißler zu sammeln;[60]) die vorliegende erste Lieferung der sauber ausgeführten, dankenswerthen Arbeit geht bis Titel IX § 169 bezw. bis zu den dahinter eingeschobenen Jagdgesetzen. Erläuternde Anmerkungen, die m. E. die Brauchbarkeit des Buches nicht unwesentlich erhöhen würden, fehlen zwar nicht ganz, spielen aber doch im Ganzen in der Arbeit nur eine auffallend geringe Rolle — dagegen finden sich im Vorwort einige allgemeinere Bemerkungen über die Grenzen des aufrecht erhaltenen Partikularrechtes. Ich wünsche der brauchbaren Arbeit guten Fortgang!

Aus dem Preußischen Grundbuchrecht sind zwei ältere Arbeiten in neuer Ausgabe erschienen. Wolff's „Verfügungen", ein den allermeisten, älteren wie jüngeren, Preußischen Praktikern wohlbekanntes Buch, ist diesmal vom Sohne des verstorbenen Verfassers bearbeitet worden. Es finden sich dabei weder

---

[59]) Dr. Schanze, Die Patentertheilung. Sep. Abdr. aus dem sächsischen Archiv Bd. 7, 19 S. Pr. M. 0.60.

[60]) R.-A. Ad. Weißler, Preußisches Landesprivatrecht. Sammlung der neben dem Bürgerlichen Gesetzbuch in Kraft bleibenden Quellen des Preußischen Privatrechts. Erste Lieferung. Leipzig, Pfeffer 1897. X u. 128 S. Pr. M. 2.

neue Beispiele noch sonstige fundamentale Aenderungen; hinzugekommen sind nur Hinweise auf die inzwischen erlassenen Gesetze, die neue Litteratur und Judikatur. Daher genügt auch für meine Zwecke die kurze Mittheilung. Es möge daran nur die Hoffnung geknüpft werden, daß der Herausgeber sich der lohnenden Aufgabe nicht entziehe, das Buch nunmehr nach dem neuen Grundbuchrecht umzugestalten.

Bedeutend umgearbeitet und vermehrt treten Oberneck's[62]) Grundbuchgesetze in zweiter Auflage auf den Plan, vermehrt namentlich durch einen sehr ausführlichen Anhang, in dem sich u. A. die neuen Gerichtskosten- und Stempelsteuergesetze mitgetheilt finden. Das Werkchen ist als eine sorgfältige und dankenswerthe Arbeit zu rühmen, die zwischen den dickleibigen Kommentaren und den Textausgaben mit oder ohne Anmerkungen gerade die richtige Mitte hält, und in ihrer reichen und doch übersichtlichen Verwerthung von Litteratur und Judikatur den Bedürfnissen des normalen Handgebrauchs vollauf Genüge leisten dürften. Ein näheres Eingehen auf ein Buch dieser Art ist hier nicht am Platze, zumal nicht gegenüber einer bloßen Neuauflage.

Peiser[63]) giebt einen vortrefflichen, nicht nur die Litteratur und die Materialien berücksichtigenden, sondern auch selbständig gehaltenen, dabei übersichtlichen und reichhaltigen Kommentar über eines der sozialpolitisch wichtigsten der neueren Preußischen Landesgesetze. Wie Verfasser auch auf die dabei mitspielenden wissenschaftlichen bezw. konstruktionellen Probleme eingeht, zeigt sich z. B. S. 62/3, wo die Frage, ob die Anerbenfolge eine Spezial- oder Universalsuccession darstelle, ausführlich gewürdigt wird. Beachtenswerth sind auch die Bemerkungen (S. 66) über die örtliche Anwendbarkeit des Gesetzes. Widersprechen muß ich aber der formalistischen Auslegung S. 70, wonach zum Tode verurtheilte und zu Zuchthaus begnadigte Personen den zum letzteren verurtheilten im Sinne des § 12 des Gesetzes nicht gleichstehen sollen.

Eine Studie aus dem Gebiete des Bayrischen Partikularrechts legt Pfeilschifter[64]) vor in seiner übersichtlichen, mitunter freilich etwas breit gerathenen Darstellung des Bamberger Landrechtes. Das kleine Buch dürfte zunächst für den praktischen Gebrauch gewiß verwendbar sein; aber auch darüber

---

[61]) P. Wolff, Verfügungen in Grundbuchsachen nach der Grundbuchordnung vom 5. Mai 1872. Siebente Ausgabe, bearbeitet von Assessor Dr. Paul Wolff. Berlin, v. Decker 1897. XXII u. 348 S. Pr. M. 6.

[62]) R.-A.-R. Dr. H. Oberneck, Die preußischen Grundbuchgesetze unter Berücksichtigung des Entwurfes eines B. G. B. Zweite völlig umgearbeitete Auflage. Berlin, Herm. Bahr 1896. XI u. 624 S. Pr. M. 8.

[63]) A.-G. Dr. H. Peiser, Das Gesetz betreffend das Anerbenrecht bei Renten- und Ansiedlungsgütern. Vom 8. Juni 1896. Berlin, Siemenroth & Troschel 1897. 170 S. Pr. M. 3.

[64]) Staatsanwalt Dr. Pfeilschifter, Das Bamberger Landrecht in systematischer Darstellung. München, J. Schweitzer 1898. XXI u. 235 S. Pr. M. 4.

hinaus hat seine Lektüre einiges Interesse angesichts der großen Bedeutung, die das, den Haupttheil des Bamberger Rechts bildende, deutsche eheliche Güterrecht für das B.G.B. gewonnen hat.

Bedenklich scheint mir die Verwendung des Gesammteigenthum-Begriffes zur Konstruktion der ehelichen Gütergemeinschaft (S. 34). Nicht ganz korrekt ist auch das S. 117/8 über Schenkungen unter Ehegatten Gesagte, denn wenn sie nach dem Bamberger Landrecht zwar gültig, aber widerruflich sein sollen, so kommt das wenigstens sachlich mit dem Römischen Recht auf dasselbe hinaus, während Verfasser einen Gegensatz aufstellt.

Gebhard's[65]) Arbeit über die „Hypothekenbuchsbereinigung" ist, wie Verfasser selbst feststellt, theoretisch wenig von Belang, will vielmehr nur den angehenden Praktiker mit den Schwierigkeiten des Hypothekenwesens vertraut machen. Ob und wie weit der Verfasser dies löbliche Ziel erreicht hat, entzieht sich natürlich meiner Beurtheilung; ich möchte es aber um deswillen annehmen, weil die Arbeit offenbar nicht nur mit großem Fleiße und vieler Gewissenhaftigkeit angefertigt, sondern auch übersichtlich disponirt und mit zahlreichen der Verdeutlichung dienenden Tabellen versehen ist.

Eine sehr werthvolle, zugleich auch gemeinrechtlich interessante Arbeit aus dem Oesterreichischen Recht liegt in Demelius „Pfandrecht" vor.[66]) Sie zeichnet sich aus durch den Reichthum an selbständigen Gedanken, gediegene Beherrschung des Stoffes und klare Darstellung, sodaß sie nicht nur ihrem Autor, sondern auch der Schule, aus der sie hervorgegangen ist — das Buch ist Strohal als Lehrer gewidmet — alle Ehre macht.

Das Thema des Verfassers enthält das, selbständig noch nicht bearbeitete, Oesterreichische Mobiliarpfandrecht mit Ausschluß der handelsrechtlichen Lehren und zwar — ich möchte fast sagen: natürlich — auf der bewährten Grundlage des Gemeinen Rechts und unter steter, fruchtbringender Heranziehung unseres B.G.B. Dies ein Grund mehr, um das Buch auch für deutsche Leser beachtenswerth erscheinen zu lassen. — Der vorliegende erste Theil beginnt mit 4 einleitenden Paragraphen allgemeineren und programmatischen Inhalts und behandelt dann in 4 Kapiteln das Vertragspfand: Begriff und Wesen, Allgemeine Grundsätze, Gegenstand, Entstehung. Der Rest dieser Lehre (Rangordnung, Uebertragung, Endigung) sowie das außervertragsmäßige Pfand soll in einem zweiten Bande abgehandelt werden. Vorzüglich im Kap. I finden sich auch beherzigenswerthe Bemerkungen allgemeinerer Natur; Verfasser bekämpft darin nämlich die rein abstrakt-formalen juristischen Definitionen und weist ihnen gegenüber auf die Bedeutung wirthschaftlicher Momente für die Rechtsbildung und auch für

[65]) A.-R. C. Gebhard, Die Hypothekenbuchsbereinigung im rechtsrheinischen Bayern und das künftige Grundbuch gegenüber dem jetzigen Hypothekenbuch. München, J. Schweitzer 1897. XI u. 219 S. Pr. M. 4.

[66]) Pr. Doc. (jetzt Professor) Dr. Ernst Demelius, Das Pfandrecht an beweglichen Sachen nach Oesterreichischem bürgerlichem Recht. Abth. I. Wien, Braumüller 1897. XI u. 366 S. Pr. M. 6.

die Rechtsbegriff hin. Denn das Vermögensrecht ist Wirthschaftsordnung (S. 69). Darum läßt sich auch vor allem das Pfandrecht nicht rein formalistisch begreifen, es ist vielmehr mit Rücksicht auf das Zweckmoment zu definiren als „das Recht des Gläubigers auf subsidiäre Befriedigung aus einem bestimmten Vermögensrechtsgute, falls die sichergestellte Verbindlichkeit nicht gehörig erfüllt wird" (S. 78).

Im Pfandrecht im weiteren Sinne findet Verfasser zwei angeblich grundverschiedene Klassen, das eigentliche und das richterliche. Das erstere allein giebt ein wahres eventuelles Befriedigungsmittel, während das letztere nur „den Beginn der zwangsweisen Ersatztilgung einer Forderung bezeichnet, von welcher bereits feststeht, daß sie ihre normale Lösung durch freiwillige Leistung des Schuldners nicht finden wird" (S. 49). Die Beschlagnahme soll denn auch dem Gläubiger kein wahres subjektives Recht geben (S. 39); er hat keine wirkliche actio hypothecaria (S. 45).

Ueberhaupt nicht zum Pfandrecht gehört das sogenannte pignus irregulare (S. 102, 224/5), ferner nicht die fiduciarischen Uebereignungsgeschäfte — indem hier überall der Gläubiger schon präsente Deckung erhält, ferner nicht wegen der fehlenden Accessorietät die Grundschuld (S. 107). Denn das Pfandrecht soll begrifflich accessorisch sein, wovon auch die Fälle der sogenannten hypothekarischen Succession keine Ausnahme begründen (S. 140). Nach der modernen Anschauung ferner ist ihm wesentlich die Spezialität, die auch bei Verpfändungen von Gesammtheiten, wie Waarenläger, nach der scharfsinnigen Ausführung S. 151 gewahrt sein soll.

Was alle diese und andere mehr spezielle Erörterungen des Verfassers, deren Resultate ich mir darum freilich noch nicht ohne weiteres zu eigen machen kann, so besonders reizvoll macht, ist das ständige geschickte Operiren mit dem Zweckmoment (s. nam. S. 166). Dagegen lassen die formalen Konstruktionen mitunter zu wünschen übrig, namentlich das über die sogenannten Pfandrechte an Forderungen und anderen Rechten Gesagte hat mich nur zum Theil befriedigt. So wird das Afterpfandrecht doch nicht ausreichend bezeichnet, wenn Verfasser es definirt als die „Verpfändung der pfandrechtlich sichergestellten Forderung bei gleichzeitiger Uebergabe (!) des Pfandes" während er die Konstituirung eines neuen eigentlichen Pfandrechtes ablehnt (S. 273, 279, 284).

Opet bringt einen beachtenswerthen Beitrag über den Entwurf eines Oesterreichischen Theatergesetzes.[67]) Er spendet demselben meist warmen Beifall und feiert Oesterreichs Verdienst, am Ausgang des neunzehnten Jahrhunderts zuerst dem Gedanken einer deutschen Theatergesetzgebung greifbare Gestalt verliehen zu haben (S. 40). Das schließt natürlich Bedenken im Einzelnen nicht aus, so gegen den § 18, der Autor und Veranstalter einer genehmigten Aufführung von der strafrechtlichen Verantwortlichkeit für den Inhalt befreit sein läßt, S. 24. Dagegen findet der m. E. höchst bedenkliche und der öffentlichen Sittlichkeit widerstreitende Satz des § 28, daß die außereheliche

[67]) Pr. Doc. Dr. O. Opet, Der Entwurf eines Oesterreichischen Theatergesetzes. Grünhut's Zeitschr. Bd. 24 S. 1—40.

Schwangerschaft der ehelichen gleich als Fall der die Schauspielerin zum vorläufigen Weiterbezug der Gage berechtigenden Erkrankung anzusehen sei, bei Opet leider Beifall (S. 31).

Vorwiegend dem skandinavischen Recht gehören zwei umfassende Publikationen Riesenfeld's an.[68]) In der einen giebt er einen guten Ueberblick über die Entwickelung des modernen Aktienrechts und Versicherungsrechts in den einzelnen Gesetzgebungen — eine mühsam zusammengetragene Arbeit, die dem Autor den Dank sowohl der vergleichenden Rechtswissenschaft wie der Doktrin des Versicherungsrechts zuwenden wird. Besonders berücksichtigt werden darin die neuesten schwedischen und norwegischen Entwürfe, die m. E. in der That die ihnen vom Verfasser beigelegte weitere Bedeutung über ihr Heimathsland hinaus besitzen dürften. Des Verfassers wohlerwogenes Urtheil geht dahin, daß zunächst, was Schweden anlangt, „die staatliche Aufsicht über die privaten Versicherungs-Unternehmungen in kurzer und schneidiger, das Interesse des Publikums in größtmöglichem Umfang sichernder und dabei doch zugleich die Bewegungsfreiheit der Versicherungsanstalten nur wenig hemmender Weise, also im Großen und Ganzen gerecht und zweckmäßig geregelt ist" (S. 100). Noch bedeutsamer dünken ihn die Norwegischen Entwürfe, in denen er geradezu „ein glänzendes Zeugniß norwegischer Gesetzgebungskunst" sieht, S. 105, „eine Leistung, die in gleicher Weise und in glücklicher Vereinigung ebenso das Wohl und die Sicherheit des Publikums schützen würde, wie sie die Bewegungsfreiheit der einheimischen und der fremden Versicherungsunternehmungen erhält und ehrt", S. 147. — Darum war es auch ein glücklicher Gedanke, dem deutschen Publikum in einer besonderen Veröffentlichung diesen Entwurf und seine Begründung in Uebersetzung zugänglich zu machen; Vfr. verdient ihretwegen nicht minderen Dank, wie für seine selbständige Studie, zumal die Uebersetzung als eine gut verständliche, wohlgelungene zu rühmen ist.

VI. Oeffentliches Recht.

Das hochbedeutsame, kolossal angelegte Werk von Leske und Löwenfeld[69]) dessen erster Band, soweit ich sehe, überall die verdiente Anerkennung gefunden hat, ist seiner Vollendung durch den zweiten Band verhältnißmäßig rasch näher-

---

[68]) Assessor Dr. C. E. Riesenfeld, a) Die Versicherungsaktiengesellschaft im Lichte der modernen Gesetzgebung unter besonderer Rücksicht auf Schweden und Norwegen. – b) Entwurf eines Gesetzes über Versicherungsgesellschaften für das Königreich Norwegen, nebst der Begründung und einem Anhange, enthaltend d. Entw. zu einem Gesetze über Aktiengesellschaften für Norwegen. Auf amtliche Veranlassung des Norwegischen Justizministeriums deutsch herausgegeben. — Beides Sep.-Abdr. aus Baumgartner's Zeitschrift für Versicherungs-Recht und -Wissenschaft. 148 bezw. 360 S. Straßburg 1897.

[69]) Geh. Just.-R. Dr. Fr. Leske und R.-A. Dr. W. Löwenfeld, Die Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr. Band II. Berlin, Carl Heymanns Verlag 1897. XXII u. 1124 S. Pr. M. 28.

gerückt. Ich habe mich bereits in Bd. XI S. 208 des Archivs über Anlage und Werth dieser Arbeit ausführlich ausgelassen und kann darauf wohl für diesmal Bezug nehmen. Der vorliegende Band behandelt die skandinavischen Staaten, Rußland und die zahlreichen Balkanstaaten, bringt also Europa zu Ende, während die anderen Erdtheile einem dritten und letzten Bande vorbehalten bleiben. Dem Veralten einzelner Theile des Werkes während des Erscheinens wollen die Verfasser in anerkennenswerther Weise dadurch entgegentreten, daß sie überholte Partien durch die Darstellung des entsprechenden neuen Rechtszustandes ersetzen. So haben sie es bereits diesmals mit dem Englischen Konkurs- und Nachlaßwesen gemacht (Exkurs XIII S. 877—917 aus der Feder von Dr. Jnhülsen, Bankruptcy act von 1890), so wollen sie es auch demnächst mit der Oesterreichischen Prozeßreform halten. Bezüglich der anderen Staaten konnte man sich vorerst mit kurzen Nachträgen begnügen (S. 1044—64). Eine grundsätzliche, m. E. beifallswerthe Neuerung im Bd. II ist die Aufhebung des Gegensatzes von Text und Exkursen, der die Uebersichtlichkeit und Einheit der Darstellung unleugbar erschwerte.

Es ist bestimmt zu hoffen, daß dem zweiten Bande dasselbe Maß von Anerkennung zutheil werde, wie seinem Vorgänger. Er verdient das um so mehr, da die meisten der behandelten Rechtsgebiete darin zum ersten Mal eine wissenschaftliche Bearbeitung in deutscher Sprache erfahren, und zwar aus der Feder von fast durchweg ganz besonders kompetenten Männern — ich erwähne nur Namen wie Engelmann (Rußland), Flaischlen (Rumänien), Georgewitsch (Serbien).

Auf den neuen Band von Pfafferoth's Jahrbuch[70]) genügt, wie bisher, der kurze Hinweis, da Gestaltung, Umfang u. dergl. keine Aenderungen erfahren haben. Es steht zu hoffen, daß das sehr übersichtlich und korrekt bearbeitete Unternehmen auch weiterhin diejenige Beachtung finden möge, die seinen Fortbestand verbürgt.

Eine kleine Studie von Schiffer[71]) verbreitet sich über die Rechtskonsulenten, die bei den mannigfachen Reformvorschlägen der letzten Zeit in falscher Vornehmheit bei Seite gelassen zu haben er als eine beklagenswerthe Lücke bezeichnet. Den viel angefeindeten und doch einem Bedürfniß dienenden Stand zu beseitigen ist nach Schiffer nicht möglich, zumal die neuen Prozeßentwürfe den amtsgerichtlichen Prozeß noch weniger als bisher auf Anwälte zuschneiden; folglich kann es sich nur darum handeln, jene durch sittliche und intellektuelle Hebung zu reformiren; dazu sollen namentlich Unterrichtsanstalten dienen.

Mögen diese warm und verständnißvoll geschriebenen Erörterungen zu

---

[70]) Jahrbuch der deutschen Gerichtsverfassung, herausgegeben von Geh. Kanzleirath C. Pfafferoth. 7. Jahrgang. Berlin, Carl Heymanns Verlag 1898. 309 S. Pr. geb. M. 5.

[71]) A.-R. E. Schiffer, Die Rechtskonsulenten. Berlin, O. Liebmann 1897. 47 S. Pr. M. 0,80.

weiteren Vorschlägen und Maßnahmen in einer rechtspolitisch nicht zu unterschätzenden Frage Anlaß geben!

Flechtheim's Studie über die Privaturkunde[72]) ist nicht bedeutend und setzt dazu dem Verständniß durch eine recht schwere Darstellungsweise erhebliche Hindernisse entgegen. Verfasser definirt die Urkunde S. 16 „im Sinne der Beweislehre der C.P.O. als jedes eine Erklärung enthaltende Schriftstück, auf welches sich eine Partei bezieht zum Zwecke des Beweises einer streitigen Thatsache". Er verbreitet sich über ihre formelle und sodann materielle Beweiskraft, gruppirt die verschiedenen Ansichten und trifft unter ihnen die richtig erscheinende Entscheidung.

Von Stölzel's schnell berühmt gewordener „Schulung für die civilistische Praxis"[73]) liegt zunächst der erste Band in dritter Auflage vor — Beweis genug für den äußeren Erfolg des trefflichen und auch an dieser Stelle schon wiederholt gebührend gewürdigten Buches. Und der innere Erfolg zeigt sich daneben in der lebhaften litterarischen Bewegung, die sich bereits an dasselbe angeknüpft hat, namentlich bezüglich der wichtigen Frage, ob „wer aus der Qualität des Geschäfts als des regelmäßigen Ansprüche erhebt, im Streitfalle den Abschluß des regelmäßigen Geschäftes darthun muß" (Vorwort S. XVII). Mit vielem Geschick weiß der Verfasser seinen bejahenden Standpunkt in dem neu hinzugekommenen Vorwort S. V—XIX, s. auch S. 55 No. 1 und 132 No. 1, gegenüber v. Knieriem und anderen Widersachern zu vertheidigen. Da zu einer selbständigen Würdigung dieser außerordentlich schwierigen und zweifelhaften Frage hier kein Raum, im Uebrigen aber in der neuen Auflage wenig geändert ist, mag für diesmal der kurze Hinweis auf diese genügen.

Ausführlicher dagegen muß ich auf den inzwischen neu erschienenen zweiten Theil eingehen. Er behandelt im Gegensatz zum ersten, mit dem er die Provenienz aus Vorlesungen der Berliner Universität gemeinsam hat, bloß eine einzige Frage, in die nur incidenter einige andere hineingezogen werden: wie muß der Richter verfahren bei bestrittenem Klageanspruch, dem eine unbestrittene Kompensationseinrede entgegengestellt wird? Während Theorie und Praxis bisher vorwiegend die Ansicht vertraten, daß nicht schlechthin Abweisung erfolgen dürfe, sondern zunächst erst die Frage der Existenz oder Nichtexistenz des Klageanspruches zu prüfen und erst dann die Abweisung, sei es auf Grund Nichtbestehens jenes, sei es auf Grund der Aufrechnung, vorzunehmen sei (cf. z. B. R.G. bei Gruchot Bd. 41 S. 947), ist nach Stölzel von vornherein abzuweisen. Weshalb, ob auf das Nichtbestehen der Klageforderung oder auf das Bestehen der Gegenforderung hin, das kann erst der demnächst vom damaligen Kompensanten anzustrengende Prozeß ergeben. Freilich ist die Aufrechnung in solchem Fall

[72]) Ref. Dr. Jul. Flechtheim, Die Beweisbedeutung der Privaturkunde nach Reichscivilprozeßrecht. Düsseldorf, Schwann 1897. 59. S. Pr. M. 1.

[73]) Adolf Stölzel, Schulung für die civilistische Praxis. Berlin, Franz Vahlen. Theil I, dritte Auflage 1898. XXVI u. 395 S. u. 28 S. Beilageheft. Pr. M. 8. Theil II 1897, XI u. 312 S. Pr. M. 6.

nur eventuell gewollt, falls die Klageforderung nicht bestehe; aber wer eine Eventualaufrechnung vornimmt, erklärt nach Stölzel S. 147:

„Ich stelle Dir hiermit den geforderten Betrag zur Verfügung, indem ich Dich anheiße, den von Dir feststehendermaßen mir geschuldeten Betrag zu behalten; mit dem Geld soll Deine Forderung getilgt sein, sofern sie besteht; ob dies der Fall, bleibe vorläufig dahingestellt."

Auf die eindringliche und, wie nicht anders zu erwarten, höchst beachtenswerthe Begründung dieser Lehre kann hier nicht näher eingegangen werden;[74] ich will nur meine bescheidenen Bedenken gegen ihre Haltbarkeit hinzufügen. Durch Stölzel's neue Lehre würde ein Urtheil geschaffen werden mit ganz ungewissem Umfang der Rechtskraft; der spätere Prozeß hätte nichts mehr zu thun, als festzustellen, was der erste Richter mit seiner res iudicata hat schaffen wollen. Und auch dem Interesse der Parteien geschähe damit kein Genüge. Denn was will der Kläger, der trotz der liquiden Kompensationseinrede klagt bezw. nach ihrer Vorschützung, der Abweisung seiner Klage sicher, sie doch nicht zurücknimmt? Doch offenbar nicht, was Stölzel ihm imputirt, „die Lösung der Frage, ob der Beklagte zu zahlen oder nicht zu zahlen hat" (S. 187); er will vielmehr „reinen Tisch" machen und klarstellen, ob der Gegner zu Beseitigung seines — des Klägers — Anspruches seinen Gegenanspruch aufzuopfern nöthig hat oder nicht. Er hätte vielleicht geschickter gehandelt, seinerseits eine Kompensationserklärung abzugeben und dann mit einer negativen Feststellungsklage das Nichtmehrbestehen der damit vernichteten Gegenforderung feststellen zu lassen. Aber das wäre möglich einmal nur vom Standpunkt derer, die wie Stölzel, — dem ich mich hierin anschließe — eine außergerichtliche Aufrechnungserklärung zulassen, würde auch zum andern den Kläger mit dem Nachweis belasten, die Erfordernisse der Feststellungsklage zu erweisen. Wer will es ihm verargen, wenn er solchen bedenklichen Weg vermieden wissen möchte? — Aber auch dem Beklagten wird wenig damit gedient sein, noch einmal Prozeß zu führen, nicht um seine Forderung, sondern um das Nichtbestehen des Gegenanspruches darzuthun, während nach der herrschenden Lehre alles auf einmal klargestellt werden könnte.

Die Bedeutung der Kompensationseinrede muß auch für den, der darin nicht mit Schollmeyer und Genossen eine Art Widerklage sieht, von der anderer Einreden geschieden werden. Während es sonst gleichgültig ist, auf welche der mehreren erhobenen hin die Abweisung der Klage erzielt wird, ist es für die Einrede der Kompensation ganz anders, indem Beklagter die Klage nur durch ein Opfer eigener Vermögenswerthe durchsetzt. Freilich muß im Stölzel'schen Fall das Urtheil immer auf Abweisung lauten, wie auch die Untersuchung ausfalle, und insofern kann Stölzel in der That das Schreckgespenst des Parteieides mit identischer Folge für die Fälle des Schwörens und Nichtschwörens heranziehen. Aber das trifft nur die Form, nicht die Sache; um

[74]) Eine klare Uebersicht über Stölzel's Lehre giebt der dieselbe bekämpfende sehr lesenswerthe Aufsatz von Eccius bei Gruchot Bd. 42 S. 15—38. Dagegen wieder Stölzel Zeitschrift für Civ. Prozeß Bd. 24 S. 50—128.

mit Eccius S. 19 zu reden: „identisch ist nur das Wort Abweisung, aber die Kraft (des Urtheils) ist in jedem Fall eine andere."

Doch wie man auch in dieser Kardinalfrage des Buches sich entscheide — jedenfalls hat dasselbe schon durch ihre energische Inangriffnahme eine höchst förderliche Fülle anregender Kraft bewährt. Dazu findet sich darin eine Reihe anderer, verwandter Ausführungen, die gleichfalls sehr beachtenswerth und vielfach durchaus überzeugend sind! So diejenige über den Charakter der Kompensationseinrede, wobei Schollmeyer's oben erwähnte Lehre eine treffende Kritik erfährt. Noch werthvoller sind die Untersuchungen über die Bedeutung der litterarisch bisher arg vernachlässigten Zahlung mit Vorbehalt („Eventualzahlung", S. 97 ff.) und ihre Vergleichung mit der „Eventualaufrechnung". Hinzuweisen ist ferner auf die Ausführungen über den Anerkennungscharakter einer (vorbehaltlos) erklärten Aufrechnung; sie tilgt also selbst bei Nichtbestehen der Hauptforderung die Gegenforderung, befreit Pfänder und Bürgen und kann nur mittels condictio angefochten werden (S. 138).

v. Sommerlatt[75]) hat eine Privatenquete über das Berufungsverfahren veranstaltet, die von den meisten, wenn auch nicht allen Oberlandesgerichten (S. 4) beantwortet ist. Die Ergebnisse werden in einem interessanten Aufsatz jetzt vorgelegt. Derselbe hätte noch werthvoller werden können, wenn die Antworten in Bemerkungen de lege ferenda weniger zurückhaltend gewesen wären. Ueber einen Punkt wenigstens scheint in dieser Beziehung überall nur eine Stimme zu herrschen: über die Verwerflichkeit des viel unnütze Arbeit verursachenden Vortragswesens.

Die Ausgabe der Schiedsmannsordnung von Florschütz ist bereits in 12. Auflage erschienen, auf die kurz hinzuweisen um so eher genügt, als zwar das neu hinzugekommene Material verwerthet, aber sonst wenig geändert ist. Beachtenswerth ist in der Arbeit vor allen die privatim entworfene ausführliche Geschäftsanweisung,[76]) während der eigentliche Kommentar nichts enthält als einen Auszug aus den Motiven.

Bauke[77]) hat drei ganz interessante, im Allgemeinen gut geschriebene und von Selbständigkeit der Auffassung zeugende Aufsätze zu einem Buche vereinigt. Der Inhalt derselben, die untereinander kaum zusammenhängen,

[75]) O.L.G.R. v. Sommerlatt, Versuch einer Enquete über das Berufungsverfahren. Sep. Abdr. aus dem Sächs. Archiv. Leipzig, Roßberg 1897. 48 S. Pr. M. 1.20.

[76]) O.L.G.Präs. a. D. P. Florschütz, Die Schiedsmannsordnung vom 29. März 1879. Gesetz, Motive und Ausführungsverfügungen. Auflage 12. Berlin, Carl Heymanns Verlag 1898. 90 S. Pr. M. 1.

[77]) Dr. Leopold Bauke, Rechtswissenschaftliche Untersuchungen: 1. Die Bestrafung der Chikane. — 2. Der Schutz des § 193 R.Str.G.B. bei öffentlichen Beleidigungen. — 3. Bemerkungen zum Begriffe des Versuchs. — Anhang I: Zur juristischen Terminologie. — Anhang II: Die zeitliche Unbegrenztheit der Gesetze. Berlin, Selbstverlag 1897. 271 S. Pr. M. 4.

ist ein vorwiegend strafrechtlicher, daher kann hier nur kurz darauf eingegangen werden:

a) Im Chikane-Aufsatz wird unter Polemik gegen Ihering dargethan, daß es sich in Rom bei den Nachbarrechten nicht sowohl um objektive Schranken des Eigenthums, als um subjektive gehandelt habe: Ausübung zur Chikane ist nicht statthaft. Diese Auslegung scheint mir möglich, wird aber durch die aphoristischen Sätze des Verfassers nicht erwiesen.

Chikane selbst ist eine Rechtsausübung (also kein verbotenes Handeln!), die nur aus Bosheit oder Schadenfreude geschieht (S. 9, 11). Sie bildet das Kehrbild zum Nothstand (S. 45, 123). Ihr gegenüber genügt § 826 B.G.B. nicht (?), daher schlägt Verfasser S. 117 ein weiteres Verbotsgesetz dagegen vor, sowohl civil- wie strafrechtlich.

b) Theil II versucht als den dem § 193 Str.G.B. vorschwebenden, leider darin sehr schlecht formulirten Gedankengang hinzustellen, daß die im Interesse von Wissenschaft, Kunst u. s. w. begangenen Beleidigungen um des Gemeinwohls willen rechtmäßig sein sollen. Auch hier Vorschläge de lege ferenda (S. 197).

c) Beachtenswerth ist die Theorie des Versuchs S. 240. Bauke schlägt für § 43 folgende Fassung vor:

„Wer den Entschluß, eine strafbare Handlung zu verüben, durch Handlungen bethätigt hat, welche das Schwerste der Ausführung enthalten, ist wegen Versuchs zu bestrafen." Verfasser läßt es aber dahingestellt, ob er hier in der Sache schon geltendes oder erst zu schaffendes Recht vertritt.

Ein kleines Heft von Scheffer[78]) tritt mit lesenswerthen Gründen dafür ein, der Verwaltung durch Verwerthung des Mündlichkeitsprinzips die nöthige Einfachheit, Beweglichkeit und Unmittelbarkeit zuzuführen. Dies will Verfasser erreichen nicht durch fundamentale Umwälzung, sondern einfach durch methodische Rückbildung der Geschäftsbehandlung von der Schriftlichkeit zur Mündlichkeit (S. 14, 19). Zu diesem Zwecke sollen, was zunächst den Verkehr der Behörden untereinander anlangt, zur Besprechung zwischen Vorgesetzten und Untergebenen in den einzelnen Bezirken obligatorische und regelmäßige Verhandlungstage in den Dienstorganismus grundsätzlich eingeführt werden. Weitere Vorschläge bleiben einem zweiten Heft vorbehalten.

Endlich noch an dieser Stelle einige Worte über Reuling's[79]) umfangreiche Arbeit zum Lippeschen Thronfolgestreit, die ausführlich zu besprechen jetzt nach Vollziehung des Schiedsspruches und angesichts des rein staatsrechtlichen Themas nicht angezeigt sein dürfte. Sie ist unleugbar mit

---

[78]) Oberverwaltungsgerichtsrath Dr. Scheffer, Einführung der Mündlichkeit in die innere Verwaltung. Theil I: Verkehr der Behörden untereinander. Berlin, Carl Heymanns Verlag 1898. 40 S. Pr. M. 0,80.

[79]) Justizrath Dr. Reuling, Das Ebenburtsrecht des Lippischen Hauses nach Hausgesetzen und Hausobservanz. Rechtsgutachten, Seiner Durchlaucht dem Fürsten zu Schaumburg-Lippe erstattet. Berlin, Carl Heymanns Verlag 1897. 308 S. Mit einem Anlageheft von 178 S. Pr. M. 24.

großer Gelehrsamkeit, liebevollem Versenken in den nicht für jedermann schmackhaften Stoff und in frischer, schwungvoller Form geschrieben, freilich aber auch in einem den Gegnern, wie Kahl, gegenüber nicht immer angemessenen Tone (s. S. 215, 223, 225).

Einen unmittelbaren Erfolg hat das Buch bekanntlich, und zwar m. E. mit Fug und Recht, nicht zu erzielen vermocht, aber ich zweifle nicht, daß ein Theil seiner Ausführungen über den speziellen Anlaß hinaus einen gewissen dauernden Werth für die Geschichte des deutschen hohen Adels erlangen werden, namentlich die dankenswerthen Mittheilungen über den österreichischen (S. 100 ff.).

Verfasser stimmt Laband, dem andern beredten Verfechter der Schaumburgischen Ansprüche, zwar im Resultat, aber nicht immer in der Begründung zu, s. S. 271. Ihm sind jene Ansprüche nicht deshalb unanfechtbar, weil das Haus Schaumburg heute souverän, sondern weil es durch eine Kette ebenbürtiger Glieder mit der Detmolder Linie verbunden ist. Freilich gehört — und dies entscheidet gegen die anderen Linien — zur Ebenburt im Sinne der Lippischen Hausgesetze und Observanzen hoher Adel (S. 27), was übrigens die damaligen Häupter der Nebenlinien selbst bereits im Jahre 1747 durch den „Brüdervergleich" in einer auch ihre Nachkommen bindenden Weise (!) festgelegt haben sollen. Aber Schaumburg hat stets dieses Requisit erfüllt; das Bedenken aus dem Fall Friesenhausen zerstreut Reuling durch den versuchten Nachweis, daß dem Kaiser ein Reservatrecht zu Nobilitirungen selbst mit rückwirkender Kraft zugestanden habe, auch ohne Konsens der Agnaten.

VII. Varia.

Von der Kritischen Vierteljahrsschrift liegt ein weiterer Band vor,[80]) der, da ich keine Kritik der Kritik schreiben will, hier nur kurz erwähnt werden mag. Es sei nur, wegen der Bedeutung der besprochenen Werke oder der Recension selbst, auf folgende Beiträge hingewiesen: Den von Rosin über Gierke's deutsches Privatrecht, von Baron über Köppen's Erbrecht, von Hellmann über Strohal's Erbrecht, von Pappenheim über Schultze's Treuhand, von Keller über Stammler's Wirthschaft und Recht. Von besonderem Werth für uns Deutsche, die sonst die betreffende Litteratur bestenfalls lückenhaft kennen zu lernen pflegen, sind daneben die ausführlichen Gesammtübersichten von Rossi (Bologna) über die neuere Litteratur des Verfassungsrechts bei den romanischen Völkern (S. 1—62), die zunächst Frankreich behandelt, und die von Schneider über die italienische Romanistik seit 1893 (S. 350—85). Von Spezialbesprechungen gehören an: 10 der Rechtsgeschichte, 13 dem Civilrecht, 3 dem Civilproceß, 7 dem Strafrecht und -prozeß, 21 dem

[80]) Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Herausgegeben von Bechmann, Hellmann, Maurer, Seydel und Ullmann. Bd. 39 (3. Folge Bd. 3) Freiburg, Mohr 1897. VI u. 634 S. Pr. M. 14.

Staats-, 6 dem Kirchen-, 5 dem Internationalen Recht. So ist der Inhalt des neuen Bandes ein ebenso reichhaltiger und werthvoller, wie der seiner Vorgänger, und es scheint mir über jeden Zweifel erhaben, daß die Vierteljahrsschrift nach vor unser erstes, maßgebendstes kritisches Fachorgan darstellt.

Das Bürgerliche Gesetzbuch und die damit in Verbindung stehende neue Studienordnung haben bereits eine ganze Reihe von „Praktika" theils neu ins Leben gerufen, theils in neuen Ausgaben erscheinen lassen. Ersteres gilt von den Arbeiten von Josef und Schneider-Habicht, letzteres von Ihering und Jacobi.[51]) Es ist immer mißlich, sich über derartige Bücher zu äußern, bevor man sie im eigenen Gebrauch zu Lehrzwecken erprobt hat, und daher will ich für diesmal mich mit einigen Worten begnügen. Ihering's Buch, von Regelsberger neu bearbeitet und dem B.G.B. entsprechend zugestutzt, hat bereits die Feuerprobe auf seine Brauchbarkeit längst trefflich bestanden, und steht heut zweifellos unter allen derartigen Arbeiten an der ersten Stelle. Schneider und Habicht bringen, wie Ihering, nur Rechtsfälle aus dem praktischen Leben, 145 an der Zahl gegen 120 bei jenem. Ein grundsätzlicher Unterschied beider Sammlungen liegt darin, daß Schneider-Habicht ihre Fälle nach der Reihenfolge der Materien ordnen und jedem eine darauf bezügliche Aufschrift geben, während Ihering seine Leser nach den in Betracht kommenden Lehren selbst suchen läßt -- m. E. die empfehlenswerthere Methode. Ueber Jacobi und Josef habe ich bereits im Jur. Litt. Bl. Bd. 9 S. 159 referirt und darf wohl hier darauf Bezug nehmen. Der Arbeit des letzteren insbesondere ist eigenthümlich die Form von an die mitgetheilten Thatbestände geknüpften Fragen unter Hinweisungen auf die Paragraphen des Gesetzes, was die Benutzung für Anfänger — und das sind wir ja vorläufig gegenüber dem neuen Gesetz noch alle — erleichtert, während für Vorgeschrittenere das Buch zumal auch wegen der faktischen und rechtlichen Einfachheit der meisten Fragen weniger, als die andern, in Betracht kommen dürfte. Jacobi's Sammlung ist den beiden vorhin genannten ähnlicher; sie umfaßt vier „Serien" à 64 Fälle, sämmtlich der Praxis der höchsten Gerichtshöfe entnommen, ein in mancher Beziehung recht glücklicher Gedanke.

Einen sorgfältigen und übersichtlichen Bericht über die Bedeutung der Haftpflicht für die Berliner Pferdebahngesellschaft giebt deren Syndikus Hilse.[52]) Für den Volkswirth und Rechtspolitiker, der die Massenerscheinungen

[51]) Dr. Eugen Josef, Rechtsfälle zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin, Vahlen 1897. VI u. 182 S. Pr. M. 2. — L.-G.-R. Dr. Schneider u. L.-R. Dr. Habicht, Rechtsfälle zur Einführung in das Bürgerliche Gesetzbuch. Jena, Fischer 1897. 246 S. Pr. M. 3. — v. Ihering, Civilrechtsfälle ohne Entscheidungen. Aufl. 8, mit Rücksicht auf das B.G.B. bearbeitet von Regelsberger. Jena, Fischer 1897. XI u. 252 S. Pr. M. 3,50. — Prof. Dr. Jacobi, Akademische Praktika: I. Privatrechtsfälle d. Römischen und Gemeinen Rechts. Auflage 2. Berlin, Müller 1897. 117 S. Pr. kart. M. 2,40.

[52]) Syndikus Dr. Karl Hilse, Wirthschaftliche Tragweite der Haftpflicht

moderner sozialer Schutzgesetze studiren will, bieten derlei authentische Mittheilungen über einen großen Betrieb manches Interessante.

Zur Verbesserung des in der That einer solchen vielfach bedürftigen Amtsdeutsch will **Bruns** in einer kleinen, warm empfundenen Brochüre[53]) beitragen, indem er ohne festes System in freier Auswahl eine Anzahl Beispiele und Regeln dazu bietet. Der Zweck ist gewiß löblich und das Gesagte meist billigenswerth; nur muß man sich vor Uebertreibungen hüten, die hier ebensowenig fehlen wie in Schriften sonstiger „Puristen". S. z. B. auf S. 4 den Vorschlag, „Identität" durch „Nämlichkeit" (!) zu ersetzen.

---

beim Betriebe der Großen und der Neuen Berliner Pferdebahngesellschaft von 1887/96. Berlin, M. Oldenbourg 1897. 88 S.

[53]) L.-G. R. K. **Bruns**, Gutes Amtsdeutsch. Berlin, Carl Heymanns Verlag 1898. 25 S. Pr. M. 0,50.

I. Verweisungen auf Reichsgesetze.

Bürgerliches Gesetzbuch.

Einführungsgesetz zum B. G.B.

Civilprozeßordnung.

Strafgesetzbuch.

Wuchergesetz.

Wuchernovelle von 1893.

Zwangsvollstreckungsgesetz.

II. Alphabetisches Sachregister.

(Die Zahlen bedeuten die Seiten.)

III. Verzeichniß der besprochenen Litteratur.

(Die Zahlen bedeuten die Seiten.)

Gedruckt bei Julius Sittenfeld in Berlin W.

July 11

Archiv

für

Bürgerliches Recht.

Herausgegeben von

Dr. J. Kohler,
ord. Professor an der Universität Berlin.

V. Ring,
Landgerichtsrath in Berlin.

Dr. P. Oertmann,
Professor an der Universität Berlin.

Band 14. Heft 2 (Schluß).
Juni 1898.

Berlin.
Carl Heymanns Verlag.
1898.

Carl Heymanns Verlag, Berlin W.
Rechts- und Staatswissenschaftlicher Verlag.

Recht und Rechtsgang
im Deutschen Reiche.

Ein Handbuch zur Einführung der Gerichtsbeamten
in das
Bürgerliche Gesetzbuch und seine Nebengesetze
bearbeitet von

Dr. P. Siméon,
Gerichtsassessor.

Das Werk erscheint in etwa 12 bis 14 Lieferungen zu je 1 M., welche zusammen zwei Bände ergeben werden. Der erste Band wird das materielle Recht, der zweite Band das Verfahren enthalten.

„Das Werk will die mittleren Beamten, insbesondere die Gerichtsschreiber in einer ihrer Vorbildung angepaßten Art in das neue Reichsrecht einführen. Verfasser bevorwortet, daß das neue Recht, welches auch diese Beamten schon vom 1. Januar 1900 ab beherrschen sollen, zum unmittelbaren Studium viel weniger als etwa das Allg. Preuß. L. R. geeignet sei, „denn seine zur höchsten Feinheit ausgebildete Rechtssprache und Technik, seine gedankentiefe Kürze stellt sehr hohe Anforderungen an den, der den vollen Inhalt des Gesetzes zu erfassen strebt“. Andererseits sind die für den akademisch gebildeten Richter bestimmten litterarischen Hülfsmittel nicht berechnet auf das Bedürfniß der bezeichneten nur praktisch vorgebildeten Beamtenkategorien.

Diese Lücke will das vorliegende Werk ausfüllen. Die dem gedachten Bedürfnisse angepaßte Darstellung soll das bürgerliche Recht sowie das Handels- und Wechselrecht umfassen, ferner das nicht streitige Gerichtsverfahren mit Einschluß des Grundbuchwesens, den Civilprozeß, das Konkursverfahren und die Liegenschaftsvollstreckung. . . . .

Soweit sich nach der vorliegenden ersten Lieferung, welche im Vereinsrecht abbricht, beurtheilen läßt, verspricht das Werk dieser Tendenz in vollem Maaße gerecht zu werden. Die Darstellung ist ungemein klar und präzise und gewinnt noch an Uebersichtlichkeit dadurch, daß gewisse Bestandtheile des Textes durch kleineren Druck ausgezeichnet sind, nämlich: 1. Detailausführungen, 2. Beispiele, 3. Vergleichung mit dem gemeinen und Preußischen Recht, und zwar ad 3 in lateinischer Schrift.“ . . . .

(Professor L. Jacobi im Juristischen Litteraturblatt.)

Das **Archiv für bürgerliches Recht** herausgegeben von Professor **Kohler**, Landgerichtsrath **Ring** und Professor **Dr. Oertmann**, erscheint in Bänden von 2 bis 3 Heften. Preis des Bandes M. 8, bei postfreier Zusendung M. 8,30.

Inhalt.

Gedruckt bei Julius Sittenfeld in Berlin W.

Archiv

für

Bürgerliches Recht.

Herausgegeben von

Dr. J. Kohler,
ord. Professor an der Universität Berlin,

V. Ring,
Landgerichtsrath in Berlin.

Dr. P. Oertmann,
Professor an der Universität Berlin.

Band 14. Heft 1.
März 1898.

Berlin.
Carl Heymanns Verlag.
1898.

Das **Archiv für bürgerliches Recht** herausgegeben von Professor **Kohler**, Landgerichtsrath **Ring** und Professor **Dr. Oertmann**, erscheint in Bänden von 2 bis 3 Heften. Preis des Bandes M. 8, bei postfreier Zusendung M. 8,30.

Inhalt.

Gedruckt bei Julius Sittenfeld in Berlin W.


Digitized by Google